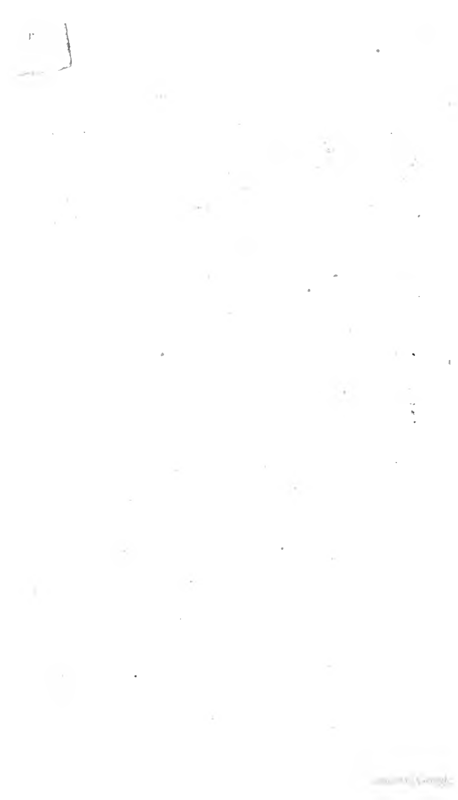


TRATTATO

DELLE AZIONI E DELLE ECCEZIONI

SECONDO I PRINCIPII DELLE LEGGI CIVILI

PER LO REGNO DELLE DUE SICILIE

DELL' AVVOCATO GENERALE

PRESSO LA CORTE SUPREMA DI GIUSTIZIA IN NAPOLI

FRANCESCANTONIO ROBERTI

Dedicato alla Real Maestà

DI

FERDINANDO II.

RE DEL REGNO DELLE DUE SICILIE.

TOMO I.



In patrimonio nostro est quidquid, aut peti per actionem, aut retineri per exceptionem potest. Ulpiano nella L. 52 D. de adquir. posses.



NAPOLI,

DALLA TIPOGRAFIA DI FRANCESCO FERNANDES.

1832.

S. R. M.

Signore

Le opere d'ingegno, che si dedicano ai Principi Sovrani, allorchè sono bene accolte, risalgono sempre ad un merito superiore, e

col lume che viene loro dall' alto, nascondono la oscurità e la bassezza, che alle volte sogliono accompagnarle. Tanto addiviene ora sul mio conto, o SIRE, mentre io ardisco di umiliare, e dedicare insieme alla M. V. un Trattato da me scritto sulle azioni, e sulle eccezioni, secondo i principii delle nostre attuali leggi civili, quando avrò l' onore che V. M. si degni di accettarlo. In quest' opera intanto io mi sono avvisato di unire agli argomenti, che sostentano la materia, un quasi progetto, da poter servire col tempo, se alla M. V. piacerà, di supplimento alle leggi stesse, le quali per ora serbano silenzio sul proposito. Ed è da ciò, che il mio qualunque siasi travaglio, per ragion

del soggetto che avvolge, viene ad innalzarsi da se al Trono, ed a reclamare l'alta protezione di V. M., di cui è proprio il dettar le leggi, e chiamare a Se tutte le cose, che vi possono aver rapporto: *Non Aedilis, aut Praetoris, aut Consulis partes sustineo; maius aliquid ac celsius a Principe postulatur.* Tiberio presso Tacito.

Ma io col passo a cui mi avanzo, rendo anche il dovuto omaggio a V. M., che gareggia con i Sovrani i più illustri per profondità di sapere, e per maturità di senno. Abbiam tutti veduto, che appena elevata la M. V. al Trono, ha mostrato di possedere nel senso lo più squisito l'arte sublime di regnar da saggio, come connaturale a Se, ed

ereditata dai Suoi Augusti Progenitori. E ciò in età ancor verde e giovanile, lo che forma stupore: *Cum nihil discendum haberes tempore docendi*: come dicea Plinio a Trajano. E le cose che io vado a sommettere, non da altri, che da un Principe saggio e virtuoso possono essere protette, e sollevate.

Il dubbio intanto non è, se il soggetto dell' opera sia degno di V. M., ma se io che la scrivo sia degno di trattarlo, e di presentarlo; nella qual cosa, fatto riflesso sopra di me, avrei argomenti bastanti per arrestarmi. Ma io altronde ho la sorte di essere al cospetto di un Principe Sovrano, che al Suo alto sapere accoppia eziandio mirabilmente una clemenza, che non ha

pari. Si sa da per ogni dove, come V.M. accoglie tutti, sempre, ed in ogni luogo, non esclusi i poco meritevoli; come sopra tutti si diffonde con le Sue Reali grazie; e spesso ancora con raro esempio previene soprabbondantemente coloro, che La invocono: *Impetratum est quod postulabatur; quod non postulabatur, oblatum.* Anzi vi ha di più: non aspetta alle volte V.M. le postulazioni: basta che vegga dall'alto, e conosca il bisogno, per essere sollecita ad accorrere di proprio moto, onde beneficare, e sollevare: *Ut tristius aliquod saeculo tuo passis, ad remedium salutemque sufficiat, ut scias.* Sempre lo stesso sommo autore allo stesso sommo Principe.

Posso io dunque esitare, e pec-

car di diffidenza? Il Ciel mi guardi dal pensarlo solamente.

Accolga la M. V. Pia e Clementissima il mio verace, e profondo rispetto.

Di V. S. R. M.

Umilissimo, Dev. Obb. Servo e Suddito
FRANCESCANTONIO ROBERTI.

PRESIDENZA DELLA REGIA UNIVERSITA' DEGLI STUDII, E DELLA GIUNTA DELLA PUBBLICA ISTRUZIONE.

Napoli 24 settembre 1831.

Copia ec. Ministero della Real Segreteria di Stato degli affari interni. 3.° Ripartimento.

Essendosi S. M. degnata permettere nel Consiglio ordinario di Stato del dì 29 agosto prossimo passato, che l' Avvocato generale presso la Suprema Corte di giustizia D. Francescantonio Roberti dedichi alla M. S. la di lui opera intitolata: Trattato delle azioni, e delle eccezioni secondo i principii delle leggi civili per lo Regno delle due Sicilie. *Nel Real nome glie lo partecipo, per l' uso di risulta, e le rimetto il modello della Lettera dedicatoria. — Napoli 3 settembre 1831 — Marchese Pietracatella — Signor Presidente della Regia Università degli Studii, e della Giunta di Pubblica Istruzione — Per copia conforme — Pel segretario Generale, l' Aggiunto Antonio Coppola.*

*

A S. E. R.

MONSIGNOR COLANGELO, PRESIDENTE DELLA GIUNTA PER LA PUBBLICA ISTRUZIONE.

Eccellenza — *Il Tipografo Francesco Fernandes supplicando l'espone, come dovendo stampare un' opera intitolata* — Trattato delle azioni, e delle eccezioni secondo i principii delle LL. Civili per lo Regno delle due Sicilie — *dell'Avvocato generale presso la Suprema Corte di giustizia in Napoli D. Francescantonio Roberti, supplica V. E. R. destinare un revisore. E lo spera ec.*

A dì 18 febbrajo 1832 — Il Regio Revisore signor D. Francesco Ferrajolo avrà la compiacenza di rivedere la soprascritta opera, e di osservare se siavi cosa contro la Religione, ed i diritti della Sovranità — Il Deputato per la revisione de libri — Canonico Francesco Rossi.

A S. E. R.

Monsignor Colangelo presidente della giunta per la pubblica istruzione.

Molti celebri Giureconsulti han trattato con saviezza delle azioni *e delle* eccezioni *stabilite dalle leggi romane; ma niuno, per quanto io sappia, ha curato finora di adattarle alla nostra nuova legislazione.*

Questo è lo scopo dell'opera intitolata — Trattato delle azioni, e delle eccezioni, ec. *dell'Avvocato generale presso la Suprema Corte di giustizia in Napoli D. Francesco Antonio Roberti, uno de' più abili giureconsulti del nostro Regno. Egli accoppiando ad un profondo studio della giurisprudenza antica e moderna, una lunga pratica del Foro, ha saputo con raffinato giudizio scegliere in detta materia le leggi romane le più armoniche alle nostre; e connettendole insieme con metodo scientifico, ne fissa con sode ragioni delle evidenti tesi generali, le quali chiudendo l' adito a' cavilli, giovano al Magistrato per rettamente giudicare con* celerità, semplicità, *ed* economia *in un ramo di legislazione, il più importante.*

E poichè la detta Opera nel mentre è utilissima non meno a' Papinianisti, *e* Proliti, *che a' dotti del Foro; in nulla offende la Religione, o i diritti della Sovranità. Sono perciò di avviso, che se ne debba promuovere la pubblicazione per le stampe. Napoli 9 marzo 1832.*
Il Regio Revisore — Francesco Saverio Ferrajoli.

PRESIDENZA DELLA GIUNTA PER LA PUBBLICA ISTRUZIONE.

Vista la dimanda del Tipografo Francesco Fernandes, con la quale chiede di voler stampare l'opera intitolata — Trattato delle azioni e delle eccezioni secondo i principii delle leggi civili per lo Regno delle due Sicilie; *dell'Avvocato generale presso là Suprema Corte di giustizia D. Francescantonio Roberti;*

Visto il favorevole parere del Regio Revisore signor D. Francesco Saverio Ferrajoli;

Si permette che l'indicata opera si stampi, però non si pubblichi senza un secondo permesso, che non si darà, se prima lo stesso Regio Revisore non avrà attestato di aver riconosciuta nel confronto uniforme la impressione all'originale approvato. — *Il Presidente* — M. Colangelo — *Pel segretario generale e membro della Giunta* — *L'aggiunto* — Antonio Coppola.

RAGIONE DELL' OPERA.

Il principale oggetto di ogni civile legislazione è quello di stabilire, e far salvo ad ognuno ciò che è suo. *Nihil aliud ubique agitur, quam ut discamus quid iuris cuique competat. Hoc volunt omnes legum praeceptiones ab initio ad finem artis*: Ulrico Ubero (1). Per conseguire intanto cotesto fine, si è creduto sempre necessario di fissar prima i principii del diritto, con i quali possa conoscersi legittimamente stabilito a favor di ciascuno ciò, che debba dirsi essere *suo*, e poi si è badato a dettare il modo, come farsi ottenere il *suo* da coloro, che non potendolo conseguire, sono obbligati a reclamarlo.

(1) Huber. digress. iur. lib. 4. cap. 1. n. 3.

Ora da questi principii universali non si diparte punto l'attuale nostra legislazione civile, per quello, che è scritto nella prima, e nella terza parte del Codice per lo Regno delle due Sicilie. La prima parte di questo Codice, intitolata *Leggi civili*, contiene tre libri, nei quali si tratta delle persone, delle cose, e delle obbligazioni; e si danno ivi le principali disposizioni, onde far vedere a quali persone, su quali cose, e per quali ragioni possa competere il diritto a riconoscere il *suo*. La terza parte poi, intitolata *Leggi di procedura nei giudizii civili*, è tutta rivolta a dettare il modo pratico, e rituale, onde per le vie giudiziarie questo *suo*, allorchè è contrastato, possa da ognuno conseguirsi.

Se non che, tra la prima, e la terza parte di questo Codice par che siavi tuttavia un vuoto, che debba riempiersi; o per dir meglio, sembra, che la prima parte di esso non risulti perfettamente compinta, per lasciar poi il passaggio facile, e spedito alla terza. Dopo definito il diritto, che nasce alle persone sulle cose, e pria di discendersi al modo pratico, da poter ottenere in giudizio gli effetti di cotesto diritto, fa mestiere, che sia dettato in teoria quello, che abbiasi a fare per dar legittimamente il passo agli atti giudiziarii. Si dee adire il magistrato, non vi ha dubbio; e così va ad aprirsi il giudizio, dove hanno luogo

gli atti di procedura, col mezzo de' quali si giugne all' oggetto. Ma innanzi al magistrato nella istituzion del giudizio si comincia dal dedurre l'azione, la quale può esser ribattuta, o modificata da molte eccezioni. Si rende dunque necessario il conoscere prima di tutto le regole legali, onde ben definire ed avviare in giudizio le azioni, e saper distinguere, e classificare le varie specie di eccezioni, che possono competere: e poi può farsi grado agli atti giudiziarii, che nelle forme stabilite dalla legge istruiscono, e compiono il processo.

Di qui è, che il giurisconsulto Gajo, ripartendo tutta la materia del diritto, la ridusse a tre oggetti: *omne ius, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones* (1). È subordinato a tutto ciò il processo civile; cioè la tela giudiziaria degli atti, che danno corso al giudizio, lo istruiscono, e lo portano a fine. Di questo processo Giustiniano non si occupò, in quanto che non credette necessario di doverne fare un oggetto distinto, e particolare nelle sue collezioni. Noi ancora nel vecchio foro non lo avevamo a questo senso; mentre però non mancavano presso di noi molte, e sagge disposizioni quà, e là disperse nelle antiche nostre leggi pa-

(1) L. 1. D. de stat. hom.

trie, e tratte ancora dal gius comune civile, e canonico, con le quali era ben diretta, e regolata tutta la procedura civile.

Oggi intanto la sapienza del nostro Legislatore ha raccolto, e messo insieme tutto ciò, che a questa procedura in pratica appartiene; e ne ha formato un corpo a parte di giurisprudenza. Non è già, che in questa parte di legislazione siasi trasandato di fissare anche in teoria delle regole legali; onde conoscere innanzi a quali giudici le azioni debbano intentarsi; quali persone, e come possano dedurle; in qual modo le azioni già competenti si perimano; come, e dove le eccezioni debbano essere proposte; ed altro, che ha relazione alla parte teorica del processo civile, al di là degli atti pratici di forma. Ma non è certamente trattato della definizione, e della natura delle azioni, e delle eccezioni; delle molte diversità, che in ognuna di esse la legge riconosce; come tutte le diverse loro specie si classifichino, e come si dividano in ragione degli oggetti, e delle cause loro efficienti, quali siano le conseguenze legali dai principii posti in massima; come nel concorso di più azioni abbiasi a pensare; ed altro, che certamente rende perfetta la cognizione di tutta la materia.

Basterà forse il dar notizia, che le azioni siano o reali, o personali, o miste, senza far cono-

scere cosa mai si voglia intendere per azione reale, e cosa per le altre due additate? Non essendo definiti questi tre diversi generi di azioni, come mai potranno adattarsi le regole intorno alle competenze dei magistrati, che debbono giudicarne, o per ragione della cosa sita, o per ragion dell'obbligazione contratta, o in ragion composta dell'uno, e dell'altro oggetto? (1)

Queste cose però, ed altre simili, non possono dirsi omissioni marcabili nel nostro Codice dove si tratta della procedura civile, mentre non fanno parte del processo, e degli atti pratici, che si sviluppano nella compilazione di esso innanzi ai giudici. Esse piuttosto si rendono necessarie, per servir di appendice alla prima parte del codice, che presenta le leggi civili; da che risvegliano idee pure, e semplici di giurisprudenza, le quali pria, che si devenga alla procedura, debbono essere conosciute, e definite. Appositamente Giacomo Gotifredo al titolo del Digesto *de obligationibus, et actionibus*, sotto la particola congiuntiva *et*, scrive a questo modo: *Recte additur haec particula et. Est enim aliud obligatio, aliud actio. Obligatio actionem parit: actio obligationis quasi filia. Id ab initio ita repeti potest. Singuli vel multi hominum actus, con-*

(1) Ved. art. 151 proced. civ.

tractus, *vel quasi pariunt. Contractus obligationes. Obligationes actiones.* Ed il Gotifredo non comenta già il processo civile, che non ha luogo nelle collezioni Giustinianee; ma scrive in teoria sulle leggi civili, dove sviluppa il nesso delle sue idee, e le ordina al modo già esposto.

Anche in Francia, al tempo della compilazione dei novelli codici, si pensò di far parlare le leggi civili sul conto delle azioni, e delle eccezioni: e corre già per le mani di molti un progetto di quella Corte di cassazione, tradotto, e ristampato in Milano al 1809, che trattava *delle azioni*, *delle eccezioni*, *e della giurisdizione*. Ma niente poi venne all'effetto. Si sa ancora quello, che in seguito è piaciuto poi di dire, per non far impegnare i novelli Codici in cotesti oggetti. Le definizioni sono pericolose in legge: prima cosa. Più: la materia è trattata a ribocco dai scrittori dell'arte; e pare, che sia miglior partito il farla restare del tutto abbandonata al lor metodo didascalico, anzi che cimentarla sotto una decisiva pronunciazione della legge: seconda cosa.

Ma di grazia, in quanto alla prima difficoltà, che ha fatto ostacolo, egli è ormai conosciuto, che la legge 202 *D. de reg. iur.* in cui si chiamano pericolose le definizioni in legge, *parum est enim ut subverti possim*, vada intesa non già delle mere definizioni particolari, ma delle regole poste

in generale, che sotto il nome di definizioni bene spesso dai giurisconsulti romani si adombravano. Lo han mostrato fra gli altri il Cujacio, e Giacomo Gotifredo (1). E poi, mentre non è a negare, che molto pericolo vi sia anche nella mera definizione, la quale, al dir di Quintiliano, *duobus generibus evertitur, si aut falsa est, aut parum plena* (2); pure ciò non importa mai, che nel dispositivo delle leggi debba restar sempre, e del tutto proibito il poter definire. Così nella legge, come in ogni altra facoltà, è superfluo, ed è anche vizioso il sofisticar molto sulle definizioni, laddove le cose siano chiare, e patenti da loro stesse: *Et placet valde sententia Galeni, nullum esse usum definitionum, si etiam antequam ponantur, res ipsae nobis ad liquidum notae et exploratae sint,* il Cujacio (3). Ma fuori di ciò, le definizioni si rendono anzi sempre necessarie in ogni disciplina; per modo che, chi non comincia dal definire, pecca in logica.

E per non uscire dalla legge, basterebbe ricordare, che i giurisconsulti romani lasciarono dei libri intieri *definitionum iuris*; nei quali, co-

(1) Cuiac. tom. 4. pag. 1421 C. — Gotofr. oper. minor ad L. 202 de reg. iur.

(2) Quinctil. lib. 7. cap. 3.

(3) Cuiac. tom. 4. pag. 394. A.

mechè vi fossero frammischiate anche delle regole legali, si trovano però bene spesso definizioni al senso dialettico. Certamente Papiniano, volendo definire la legge, lo fece al libro 1. *definitionum* (1); e si pronunziò in modo, che il suo responso *nihil aliud continet, quam definitionem legis dialecticam, non regulam iuris*, al dire del Cujacio (2). E per poco, che si rivolgano i libri del Digesto, si incontrano passo passo delle somiglianti definizioni dialettiche, date dai giureconsulti, senza timore di incorrere in alcun pericolo. Marciano definì cosa fosse la cosa santa (3): e Giuliano diede la definizione della eredità (4). Modestino definì il matrimonio, e l'accettilazione (5): e Ulpiano pronunziò la rinomata definizione della giustizia; lo che fece appunto nel suo libro 1. *definitionum* (6). Gelso diede la definizione dell'azione, che è in proposito (7): ec. ec.

Ma non solo i giureconsulti romani definivano: essi, dove il bisogno lo richiedea, passavano a distinguere, e dividere ancora nella materia già

(1) Ved. la L. 1. D. de leg.
(2) Cuiac. tom. 4. pag. 1422. B.
(3) L. Sanctum. D. de rer. divis.
(4) L. 62. D. de reg. iur.
(5) L. 1. D. de rit. nupt. L. 1. D. de acceptil.
(6) L. 10. D. de iust. et iur.
(7) L. 51. D. de obl. et act.

definita. Vi sono esempii nella *L. 28. D. de obl. et act.*, dove Papiniano definitivamente parlando, distingue fra l'azione, la petizione, e la persecuzione: e nella *L. 52* dello stesso titolo, dove sul conto delle azioni altre cose si veggono particolarmente dettagliate. Vi è la *L. 1. D. de servit.*, in cui si definiscono insieme e si distinguono le diverse specie di servitù. Lo stesso per le adozioni nella *L. 1. ff. de adopt.*; ed altro.

Tutto ciò per le leggi romane. Se poi ci rivolgiamo al Codice civile dei francesi, ivi non troviamo altro che definizioni, le quali si veggono replicate nelle nostre attuali leggi civili. Per via di definizioni conosciamo l'assenza, la prole legittima, i beni mobili ed immobili, la proprietà, l'usofrutto, i legati di diverse specie, i contratti, e le diverse specie di obbligazioni (1). È definita la solidalità fra i debitori, l'obbligazione divisibile, e la indivisibile, la clausola penale, la cessione dei beni, la novazione, la compensazione, la confusione, l'atto autentico, la presunzione, il giuramento. Sono definiti i quasi-contratti, i delitti, ed i quasi-delitti (2). Vi è definita la vendita, la permuta, la locazione, l'enfiteusi, il

(1) Art. 117, 234, 439, 469, 507, 964, 1055, 1121.

(2) Art. 1153, 1170, 1179, 1218, 1225, 1243, 1254, 271, 1303, 1311, 1325, 1336.

contratto di società, il prestito, il deposito, il sequestro, il contratto aleatorio, il mandato, la transazione, il pegno, Sono definiti i privilegii, le ipoteche, la prescrizione, il possesso (1) ec. ec.

Ora dopo tante e sì diverse definizioni, pronunziate già con evitarsi ogni idea di pericolo, resterà forse solamente vietato a poter definire nelle leggi civili l'azione e l'eccezione, per lo timore, che si vuole ispirare, di essere le definizioni pericolose *in iure ?*

Egli è poi vero, che delle azioni e delle eccezioni si sono bene spesso ed a lungo occupati gli scrittori legali di tutti i tempi. Ma potrà mai dirsi, che se ne abbiano essi fatta una privativa? Potrà mai persuadersi, che questa parte interessante di giurisprudenza restar debba del tutto affidata alla forma didascalica delle cattedre, ed alle studiate elucubrazioni di coloro che la insegnano? Già prima di tutto sarebbe quì a censurarsi l' Imperador Giustiniano, che lungi dal lasciare questa materia alla cura dei giuristi, volle anzi egli trattarla e definirla compiutamente. Poi: gli scrittori comentano sì bene la legge, la interpetrano, la illustrano, ma non fanno giammai leggi di conio. Se

(1) Art. 1447, 1548, 1555, 1678, 1704, 1747, 1787, 1828, 1836, 1856, 1916, 1941, 1965, 2000, 2125, 2134.

essi per lo innanzi si sono impegnati nel disputare con profitto sulle azioni e sulle eccezioni, lo han fatto, mentre già ne ritrovavano il soggetto *in corpore iuris*: Titolo nel Digesto *de obligat. et act.*: Lib. 4, tit. 6. Inst. *de actionibus*. Ma ora, essendo che nella novella legislazione si trova la materia non tocca, potrà mai sostenersi, che gli scrittori legali in un modo quasi suppletorio la trattino sovranamente, e la presentino come un novello ramo di giurisprudenza? Certamente delle due cose, l'una dee accadere. O si dee riccorrere tuttavia al diritto antico preesistente, o bisogna ritenere per principio sicuro, che la materia omessa possa essere supplita dalle autorità dei scrittori legali, che se ne occupano. Ma la prima cosa è al certo molto incomoda, la seconda è perfettamente assurda.

E vaglia la verità; volendosi oggi ricorrere alle leggi romane, per regolare e dirigere in giudizio le azioni, e le eccezioni, ognuno conosce, che la cosa non può aver sempre felice riuscita. Ciò che trattò al proposito Giustiniano nello Istituta, e che prima di lui aveano insegnato i giureconsulti romani, non si trova perfettamento adattabile ai tempi d'oggi; specialmente dopo che la sapienza del nostro Legislatore ha dato a noi un novello corpo di diritto, in cui le coso per molti capi hanno cambiato di nome, e di forma, parecchie antiche disposizioni si sono can-

cellate, ed altre in loro vece si veggono riposte. Si può bene attignere al proposito le cognizioni generali da quei fonti inesausti del vero sapere legale, ove ora si riconosce la ragione scritta della più fina giurisprudenza; ma fa d'uopo di modificarle bene spesso, e adattarle alle novelle teorie dell'attuale legislazione: ed in questo affare, che porta gran fatiga, ed esige una somma diligenza, e dilicatezza, si può di leggieri cadere in equivoci, e difficilmente si possono evitare le contraddizioni, o gli assurdi.

Pare adunque ben chiaro, che riguardata la cosa da tutti i lati, non possa non conoscersi necessario, che le teorie delle azioni, e delle eccezioni siano ora riprodotte nella legislazione, e nel foro, accomodandosi però ai principii delle attuali leggi civili. Ma, potrà dirsi, a qual fine mai sarà oggi giovevole il far parlare le leggi sul nome diverso, e sulle tante diverse specie delle azioni, riguardandone l'origine, e l'oggetto, nella circostanza che ora più non si bada a queste sottigliezze antiche, e non si va appresso ad indovinare nei giudizii l'azione specifica nella forma che prima era ricercata? Niuno è obbligato a dire, se agisce con l'azion reale, con la personale, con la mista, o con altro genere di azione. L'articolo 155 num. 3 della procedura civile prescrive, che nell'atto di citazione si dee esprimere *l'og-*

getto della dimanda, e la enunciazione sommaria delle ragioni, sulle quali è fondata. Basta quindi che alla miglior maniera possibile la dimanda si componga, esprimendosi ciò che l'attore ha in mira, perchè sia efficace a produrre l'effetto in giudizio; o che si tratti di azion reale, o di personale, o di mista; o che l'attore vada a dedurre altro genere di azione. Perchè dunque infessare ter la giurisprudenza nella definizione di tanti nomi di azioni, ed impicciarla in tante divisioni, e suddivisioni, che poi nell' effetto non menano a conseguenza? Sarà bello il vedere ordinato un numero progressivo di articoli, che sviluppano cotesta materia; ma servirà a far acquistar idee sempre sterili, e secche, senza le quali la legislazione tuttavia può camminare, ed il foro può reggere. *Nisi utile est quod facimus, turpis est gloria.*

Risposta: Se oggi non si chiamano più a nome le azioni, col fatto però esse vi sono. Senza azione, certamente non si possono promuovere i giudizii (1). Non vi sarà la formola attaccata alla denominazione, ma la cosa dee esservi. E ciò appunto è che vuol intendersi, allorchè s' impone l' obbligo all' attore di esporre *l'oggetto della*

(1) L. 9 §. 3 in fin. D. de admin. et peric. tutor. L. 19 princ. L. 35 D. de reb. cred.

dimanda, art. 153. Il nome dell' azione, e la formola che prima lo esprimea, era stato già bandito dalla legge, e dal foro fin dai tempi dell'Imperador Costantino (1). E ciò nulla ostante le leggi seguitarono a parlarne, ed infiniti trattati si composero per esprimerle e dilucidarle. Nè mai si è dubitato che nell'istituirsi il giudizio debba mettersi tutta la industria legale, per indicar bene l' azione, di cui si voglia far uso, siano qualunque i termini che nel libello si contengano. Il libello presso di noi era definito *talis qualis petitio* (2); lo che importava esclusion di formole, ma inclusion necessaria però di un' azion legale ben definita, e ben espressa. Avevamo il rinomato Capitolo *Detestantes*, in forza del quale senza veruna formalità il libello si concepiva, e gli atti si compilavano; ma ciò non escludea, che nell'introdursi il giudizio dovesse mettersi tutta la cura nel dedurre l' azione legalmente conceputa, e bene indovinata al senso della legge. Lo stesso vale oggi, mentre al Capitolo *Detestantes* si è sostituito l'art. 153 n. 3 proced civ.

In fatti, se si sbaglia anche oggi l' azione, la legge accorda, come prima, le difese al reo, per dedurne la illegalità, e la inefficacia. *Verum et*

(1) L. 2 Cod. de form. et imptr. act. subl.
(2) Pragm. Dispendia de ord. iudic.

reo parata sic erit exceptio non competentis actionis, si minus prudenter actorem ad iudicium provocare viderit; et ipsi quoque iudici incumbit attendere, an et quale ius agendi actori competat, ne alias sine actione reum condemnasse videatur; unde ex officio libellum ineptum reiicere, et actori, ut aptam actionem proponat, per decretum iniungere tenetur (1).

Si senta il Brunemanno: *Litigaturo autem non raro idem accidit, quod militi, ut quemadmodum hic in procinctu ad praelium constitutus, interdum non tam de armis et invasione ipsa, quam de armorum specie, et offensionis modo sollicitus, dubiusque haereat; ita iste interdum, in casu concurrentium plurium actionum, magis circa actionis qualitatem, quam circa ipsam actionem, sat alias commodam, anceps pariter, et ambiguus inveniatur; qui tamen in hisce, et similibus difficultatibus, atque dubitationum anfractibus ita constitutus cautius non aget, neque melius sibi consulet, quam si ad actionum classes, tanquam sacram anchoram confugiat, et ex iis remedium negotio satis accommodum desumat. Nam, pro ut expedit, ita quisque vel hanc, vel illam actionem eligere debet, ad consilium Iustiniani Sacratissimi Im-*

(1) Stryk. Tract. de act. Sect. 1. membr. 1. §. 2.

peratoris §. 5. in fin. Inst. quod cum eo, qui in alien. pot. Fieri quandoque potest, ut quis unum eundemque ex diversis causis, ad idem aut ad diversa, vel etiam plures debitores obstrictos habeat, immensos tamen iudiciorum sumptus, quales vel pro extrahendo processu vel pro causae cognitione, aut eiusdem finali determinatione in principio, medio, et fine requiruntur, metuit, et pertimescit. Hic si omnia accurata metitus regula, compendiosiorem exactionis viam meditari incipiat, atque postmodum pluribus diversis actionibus, in unum eundemque libellum translatis, omnes debitores una iudicio pulsare profignum iudicet, revera non minus doctrina, quam iudicio indigebit, ne oleum et operam misere perdat; id est: exceptione ineptae cumulationis sibi opposita, a limine iudicii recedere, et repulsam ferre iudicialem teneatur (1).

Bisogna dunque oggi, egualmente che prima era necessario, che nell' esprimersi *l' oggetto della dimanda*, si vada ad indicar bene di quale azione intendasi far uso, quantunque l' azione stessa non si nomini, e fa d' uopo, che in ciò non si erri, per non rendere elusorio il giudizio, e perdere le fatiche, e le spese: *Ceterum non*

(1) Brunneman. de Concurs. et cumul. act. in praeloq.

sufficit nosse, quae actio instilui possit, sed ibi praecipue opus est cautione, ut illud remedium eligam, quo rem meam, vel facilius, vel brevius, vel plenius recuperare valeam. Pro ut enim expedit, ita quisque, vel hanc actionem, vel illam eligere debet. §. 5 Inst. quod cum eo, qui in alien. potest; in quo §. Imperator eum vocat stultissimum, qui, omissa actione, qua facillime rem suam consequi possit, probatu difficiliorem actionem, vel qua solidum consequi non possit, eligat. Eapropter non tantum ratio investigandi actiones, sed et investigatas caute secernendi et eligendi probe attendenda (1).

Più: La qualità dell'azione bene indovinata e bene espressa fa conoscere la competenza del giudice, e dà un avviamento al giudizio sicuro, e regolare, che non defrauda l'aspettativa dell'attore: *necesse itaque est ut iudicem adeat competentem, eumque de suo iure doceat, ac informet is, qui non in cassum laborare, sed id quod suum est sibique debetur, legitime consequi satagit* (2).

Per lo che a ragione conchiude lo stesso autore: *Quemadmodum enim gemma pretiosissima*

---

(1) Stryk. nel luogo citato §. 3.

(2) Il Brunemanno nel citato luogo.

auro praeeminet, ita actionum materia dignitate, ac splendore reliqua iuris capita multum post se relinquit. Minime enim sufficeret scire fundum Tusculanum iure dominii nostrum esse, aut in hac, vel in illa area ius ad rem nobis quaesitum esse, nisi insuper, quomodo utrumque rite, recteque, vel vindicare, vel petere, et prosequi debeamus, exquisitior accedat notitia (1).

Ecco dunque l'utilità del Trattato da noi intrapreso; mentre in esso si espone, e si spiega tutto il treno delle azioni, e delle eccezioni, non già con la idea di riprodurre in esso le antiche sottigliezze romane, tenendo dietro strettamente alle formole, ed alle superstiziose locuzioni, di che quelle abbondavano, ma col disegno di conoscerne l'indole, la natura, e l'oggetto, per adattarle in modo libero, e sciolto alla presente nostra legislazione; e perchè si ottenga il fine, che *l'oggetto della dimanda* sia ben regolato nelle citazioni introduttive de' giudizii, e non si sbagli. Si dice nell'art. 154 n. 4 che — *Se manca l'oggetto della dimanda, la citazione sarà nulla.* Ora l'oggetto malamente e non legalmente espresso, equivale all'oggetto totalmente obbliato, e non espresso.

Giova in fine di recare qui in mezzo una re-

(1) Bruneman. nel luogo stesso.

cente autorità del sig. Berthelot, che il dotto sig. Dupin ha trascritta nelle sue note all' Einecc̦io: *Recitationes iuris*, sotto il §. MCXXV, che corrisponde al titolo *de actionibus*.

Quidam contendunt, tractatum actionum romanarum per genera et species bene discretarum, ad nos nihil pertinere, cum illae actiones sint a nostris actionibus diversae, et earum distinctio sit iure gallico incognita. Sed alia mens esse debet cogitantibus, actiones romanas esse sparsas in toto corpore iuris civilis, in legibus innumeris, quae ad materias vulgares pertinent, Cod. Nap. expositas, quarum illae leges merito esse complementa existimantur. Quod ad actionum partitionem et distinctionem attinet, nihil mirum, quod eas Cod. Nap. auctores non exposuerint, et vix de iis in processuum Codice verbum unum fecerint, rati scilicet, satis abunde hoc a iure romano fuisse provisum: nihil addendum fore, sed solummodo detrahendum.

Revera iure Cod. Nap., ut priori iure gallico, actiones singulis negotiis propriae non sunt speciali nomine insignitae. Sed ea est differentia nulla. Actio ex vendito nata, quamvis actio venditi a nobis non specialiter nominetur, erit sua natura, et nobis etiam non cogitantibus actio venditi. Additum, aut detractum nomen actionis indolem propriam non mu-

tabit: natura autem sola rei attendenda est. Neque est quod dicatur, iure romano fuisse singulis actionibus formulas speciales; hoc enim a Constantino abrogatum est L. 1. Cod. de form. et impetr. act. subl.: et tempore Justiniani nullo in usu positum; adeo ut satis fuerit, quemadmodum loquitur Lex 2. Cod. eod tit., si actio sit apta rei et proposito negotio competens, ultra quod nihil iure gallico requiritur.

Cum actio nihil aliud sit, quam ius, ex negotio proposito agentis conclusionem continens, ut negotia secundum ius romanum utile fuit exponere, cum gallico iure collatum, sic utile erit iuris romani recensere actiones, si cum iuris gallici conferantur.

Conchiude dunque questo autore, che siccome è cosa ben utile l'esporre i principii del diritto romano, riportandoli alla legislazione corrente; così egualmente è utile, e vantaggioso il riandare sul sistema delle azioni secondo i principii del diritto romano, e riferirlo, adattandolo alle leggi del tempo.

A queste idee appunto si tiene dietro col presente nostro Trattato. Esso verrà diviso in due parti, delle quali la prima conterrà le azioni, la seconda le eccezioni. Ogni parte poi avrà i suoi capitoli distinti, nei quali saranno fissate le proposizioni generali in Tesi, per via di articoli, con ordine numerico progressivo, (che forse un tempo

potrebbero servire di Progetto, per darsi un supplimento alle attuali leggi civili, quando la sapienza del nostro Augusto Legislatore si determinasse a ciò). E poi ad ogni capitolo sarà annesso un ragionamento ben ricercato, col titolo di *Spiegazione del capitolo*, diviso in più sezioni, col quale verranno a mettersi in chiaro, ed a giustificarsi a rigor di legge le Tesi già premesse.

Confessiamo di aver durata della fatica ben molta su questi ragionamenti, e più nel fissare le Tesi che li precedono. Protestiamo però di non volere esigere, che un semplice compatimento dai più dotti, e dai più periti di noi; a quali diciamo col Poeta:

Induxi te ad legendum: sincerum mihi
Candore noto reddas iudicium peto.

PARTE PRIMA

DELLE

AZIONI.

CAPITOLO PRIMO

Della definizion dell'azione, e delle primarie divisioni, di che essa è capace.

Art. 1. Il diritto di ripetere giudiziariamente quello che ci è dovuto, dicesi azione.

Il mezzo, con cui un tal diritto si va ad esercitare in giudizio, chiamasi dimanda.

Art. 2. Le azioni o riguardano le persone, o riguardano le cose.

Art. 3. Le azioni riguardanti le persone si riferiscono al loro stato civile, sia di cittadinanza, sia di famiglia; come anche alle qualità, di cui le persone possono esser rivestite.

Art. 4. Le azioni riguardanti le cose sono o reali, o personali, o miste.

Art. 5. Si dividono anche le azioni in petitorie e possessorie: Le prime hanno in oggetto la proprietà delle cose; le seconde son rivolte al solo possesso.

SPIEGAZIONE DEL CAPITOLO PRIMO

Sezione prima

Della definizion dell' azione.

L' azione, al senso che qui è in proposito, fu definita da Giustiniano: *ius persequendi in iudicio quod nobis debetur* (1): ed è a dire che egli seguì alla lettera la definizione stessa, che ne avea già data il giureconsulto Gelso nella *l. 51, D. de obl. et act.* Ora sull' azione a questo modo definita non ebbero che ridire le antiche scuole dei dottori, ai quali non venne giammai talento di far sospettare come monca o inesatta la idea palesata da Giustiniano. Non fu poi che al secolo decimosesto, quando per sentimento del Cujacio e dell'Ottomano si cominciò a mettere a censura l' Imperadore, e si vennero a presentare nuove idee di riforma. Due cose si vollero dire, che poi sono state sostenute da parecchi valenti uomini sull' appoggio della rispettabile autorità dei primi rinomati inventori. Si disse, che nel luogo, dove Giustiniano parlava delle azioni, non dovea egli definirla *in iure*, ma *in facto*; cioè non dovea esprimere il diritto, che si ha a perseguitare in

(1) princ. Inst. de act.

giudizio quello che ci si dee, ma era al caso di marcare il mezzo legittimo, col quale si fa in giudizio lo sperimento di cotesto diritto. In secondo luogo si osservò, che nella definizione così posta da Giustiniano si trovano sì bene le azioni personali, nelle quali si verifica la persecuzione di ciò, che *nobis debetur*, ma non si comprendono le azioni reali, sul conto delle quali non può esservi idea di debito, essendo anzi già nostre le cose, mentre le domandiamo.

Su questi principii l' ultimo egregio scrittore Giovanni Einecció venne a dare alla definizion dell' azione la seguente riforma: *Actio est medium legitimum persequendi in iudicio iura, quae tum in re, tum ad rem nobis competunt* (1). E non è mancato fra i moderni scrittori chi abbia detto, che l' azione sia a definirsi *un diritto di ripetere in giudizio quello che ci è dovuto, o che ci appartiene*; credendosi così, che l' azion personale si comprenda sotto *quello che ci è dovuto*, e l' azion reale sotto *quello che ci appartiene*. Queste idee son coltivate benanche dagli autori francesi, ai quali intanto non si sottoscrive il Pigeau (2), ed il sig. Henrion de Pansey (3).

(1) Heinec. recit. jur. §. 1120.

(2) Pigeau lib. II. part. I. in princ.

(3) Henr. Della competenz. dei giud. di pace capit. XI.

Ma con buona pace di tanti dotti uomini, pare che senza ragione si siano essi allarmati, e che la definizione data da Giustiniano possa restar tranquilla in quella buona opinione in cui la lasciarono gli antichi.

Primieramente non vi ha dubbio, che dopo aver parlato l'Imperadore nelle Instituta delle persone e delle cose, passando poi alle azioni, lo che fece nel libro IV, non veniva precisamente a trattar *de jure*, che nelle azioni si contiene, ma *de facto*, cioè della loro esperibilità in giudizio. Le azioni, in quanto al diritto che racchiudono, vanno fra la classe dei beni, e propriamente dei beni incorporali: ***Aeque bonis adnumerabitur etiam si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus, nam haec omnia in bonis esse videntur*** (1). Quindi la definizion dell'azione, come ***ius persequendi***, pare che avrebbe avuta sede meglio collocata nel secondo libro delle Istituzioni, dove si tratta delle cose; mentre in questo senso essa ***pertinet ad secundum iuris obiectum***, *et quidem ad titulum de rebus incorporalibus;* l'Einecčio: e prima di lui lo avea ben anche avvertito il Donello (2).

Tutto ciò è vero, ma bisogna non confondere

(1) L. 49. D. de verb. sign.
(2) Donell. ad. tit. Inst. de Act. n. 3.

due cose, che sono perfettamente fra loro distinte e separate. Altro è definire l'azione in modo da poter essere esperibile in giudizio: altro è definirla nell'atto pratico ed esecutivo della sua esperibilità. Giustiniano allorchè nel libro IV. delle Istituta s'impegnò a trattare delle azioni, non si propose di parlar di esse nel secondo senso, così che divenissero *media legitima*; ma volle prospettarle nel senso primiero, per far conoscere quali erano i caratteri essenziali di esse, onde per legge si potessero rendere esperibili in giudizio. E perciò, dopo aver data la definizion dell'azione in generale al modo che fece, passò a dividere le azioni in tante specie diverse, ed a definirle a parte a parte, sempre *in iure*, e non mai *in facto*; per qualificarle appunto in tutti i casi, come capaci a rendere in giudizio l' effetto proposto. A questo stesso senso parlò poi delle eccezioni, e finalmente degli interdetti, che disse essere un' altra specie di azioni. E sempre versò *in iure*, nè mai definì queste cose nel fatto; perchè egli non faceva il processo civile, dove le azioni, e le eccezioni si deducono nelle forme del rito, ma dettava le regole, onde potersi conoscere quali e quante fossero le azioni, e le eccezioni dalla legge riconosciute e protette, per potersi esercitare in giudizio. Altro è l' azione e l' eccezione presa in teoria: altro è prendere queste cose in pratica per la via

del fatto. Giustiniano definì le prime, non si occupò delle seconde. Definì l'azione, come un diritto radicato nella persona dell'attore, e non nell' atto che essa va ad intentarsi in giudizio. Il Bacovio che qui difende Giustiniano, così si esprime — *Dicitur actio ius persequendi, quoniam consideratur hic ut in persona creditoris radicata, non ut actu intentata* (1).

Se non che: perchè mai egli non parlò a questo senso delle azioni nel libro secondo delle Istituta, e si ridusse a trattarne nel libro quarto? Certamente pare che al libro secondo, dove si parlava dei beni, potea stare la definizion dell'azione presa in astratto, e non in concreto come *gius* che è tra i beni: e nel libro quarto, in cui non già di beni si trattava, ma di mezzi legittimi, e diretti a conseguire in giudizio i beni, col soccorso delle azioni, doveva egli scambiar la definizione, e chiamare *medium legitimum* l' azione posta in pratica.

La risposta qui è semplice e chiara. Al libro secondo si trattò *de rebus corporalibus et incorporalibus*, per notarsi la differenza, che passa fra di essi; e parlandosi dei beni incorporali, questi si definirono: *quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae in iure consistunt.* Ora in

(1) Bachov. de Act. Disp. I. Thes. XXV.

tal luogo appunto, nella generale definizione dei beni incorporali venne compresa la definizione dell' azione, come bene incorporale, che certamente consiste *in iure, nec tangi potest.* Tanto bastava colà, perchè si soddisfacesse all' oggetto di definire generalmente i beni incorporali, distinguendosi in classe dai beni corporali: nè si esigea, che questi beni incorporali fossero ad uno ad uno colà specificati e definiti. Infatti designativamente, e non tassativamente fu detto in quel luogo: *sicut hereditas, ususfructus, usus, et obligationes quoquo modo contractae* (1). Si enunciarono designativamente questi beni incorporali, ma non si definirono a parte a parte, essendo ciò riservato in seguito nella stessa opera delle istituzioni, nei luoghi rispettivi, dove di ognuno di cotesti beni incorporali dovea farsi parola. Infatti si vede già in seguito definito l' usofrutto, l' uso, e cose simili, nei titoli che loro corrispondono. Lo stesso è a dire dell' azione. Essa come bene incorporale, venne compresa nella definizione generica di tali beni: poi aspettava il suo luogo proprio per essere particolarmente trattata, e sviluppata, lo che accadde nel libro quarto; dove fu definita, riguardandosi sì bene come mezzo legittimo, ma in natura, non in esercizio, in teoria, non in pratica.

(1) §. I. Inst. de reb. corp. et incorp.

Si senta al proposito Ugone Donello: *Qui fit igitur, ut Justinianus actionem de qua agitur statim definiat ius persequendi, non persecutionem, et sic deinceps ut de iure persequendi, non ut de persecutione et iudicio? Quia ad explicandam eam persecutionem facti, quam quaerimus, necesse habuit id facere, natura rei id postulante. Non enim quaelibet persecutio iuris nostri recepta est, sed ea quae instituitur pro eo iure agendi, quod cuique iure publico datum est. Ita ad persecutionem istam intelligendam prius ius agendi statui oportet. Atque ut forte non necesse esset id facere; tamen ad id, de quo quaeritur, ita pertinet, ut qui hoc docet, simul id de quo agitur doceat; atque adeo hoc ex illo multo facilius et commodius intelligatur. Hoc enim cognito, quod sit ius agendi cuiusque, quid hic cuique ius concedat, statim et quidem optima ratione intelligitur, quam hic persequendi rationem instituere, et quomodo in ea pro iure nostro gerere debeamus: id autem est, de quo quaeritur.* (1)

Dunque la definizione data da Giustiniano par che non sia censurabile per questo capo. In quanto poi all' altro difetto di che viene a notarsi, cioè che essa sia ristretta alle sole azioni personali, e

(1) Donnell. ad tit. inst. de act. n. 3.

non si estenda alle reali, sembra ancora che non vi siano argomenti molto robusti a sostenerne l'assunto.

L'Ottomano nelle sue prime specolazioni, dopo le parole: *quod nobis debetur*, volle aggiugnere: *vel quod nostrum est*; ma egli fu già ben rimbeccato da Giacomo Gotifredo sotto la *l. 51. D. de obl. et act.* Questo insigne comentatore del diritto ponderò sulle prime tutti gli argomenti, dai quali era tratto l' Ottomano, dicendo: *Ne alioquin solis personalibus actionibus haec definitio congruat, nam quod suum est ad personales obligationes non pertinet. L. 3. D. de obl. et act. L. 23 D. de rei vind: Quod nobis debetur nostrum, non est L. 25. de obl. et act: Diversa sunt suum esse, et sibi deberi. L. 27. §. 2. L. 34. De aur. arg. leg.* E poi, rivolgendosi al *quod nostrum est*, inventato dall' Ottomano, soggiunse: *Emplastro tamen illo opus non esse mihi videtur. Nostrum enim cum petimus, licet non sit debitum ex contractu, vel maleficio, ex variis tamen causis, signisque debitum nobis dici potest. L. 1. De obl. et act. L. 52. eod. Et vero iudex possessorem nunquam cogeret rem restituere, nisi eam restituere deberet* (1).

(1) Gotifr. ad L. 51. D. de obl. et act.

Ed il Bacovio applaudendo al Gotifredo dice così: *Ut superstiosus hic sit Hotomanus 3. Observ. 17., ubi nisi addantur definitioni verba, vel quod suum est, angustiorem eam definito futuram putat: cum tamen nullo modo necessarium sit, ut verbum deberi ita stricte accipiatur, sed in genere, ut debere quisque dicatur ad quod praestandum iure tenetur* (1).

Nè poi è meno elegante e legale ciò, che ne scrisse Ulrico Ubero: *Definitur hic actio, quod sit ius persequendi in iudicio quod sibi debetur, ubi verbum debet late accipiendum est; ita ut dominium quoque comprehendat; omnibusque in universum actionibus conveniat, secundum L. 178. §. ult. D. de verb. sign. L. 108. eod.; tametsi plerumque suum esse atque deberi invicem opponantur L. 27. §. 2. D. de aur. arg. leg.... Quare nihil necesse videtur, hunc imputare iuris conditoribus errorem, quod universo tractatui de actionibus definitionem uni modo speciei convenientem praefixerint, ut post alios paucos arbitratur Wissembachius ad hunc tit. th. 4. Et eo vel maxime nimis arbitraria summorum virorum illa reprehensio est, quod iidem correcturi definitionem Caesaris, pro verbis id quod aliis debetur, substitui volunt, quod suum est,*

(1) Bachov. de ac. Disp. I Thes. 46. in not.

cum tamen suum aeque proprie debito, quam debitum suo opponatur, ut e testibus modo citatis, etiam ex L. 9. §. ult. de suppell. leg. L. 74. de leg. III. Adde Brisson. de verb. signif. ubi verbo suum dominium significari ec ec. (1).

Ma più di tutti egli è a consultare quì il Brunemanno nel suo celebre trattato *de concursu et cumulatione actionum*, il quale si fa a precontare un per uno tutti gli argomenti dell'Ottomano, e riesce a distruggerli compiutamente, col soccorso di altri giurisconsulti, che egli trova del suo partito, e dottamente comenta (2).

L'Eineccio intanto, penetrato forse da queste verità, non si è attenuto all'aggiunto: *quod suum est.* Egli ha voluto dire: *medium legitimum persequendi in iudicio iura, quae tum in re, tum ad rem cuique competunt*; e così ha creduto abbracciare ambedue le specie delle azioni reali, e personali. Ma egli avrebbe dovuto prima dimostrare, che *τὸ* debetur di Giustiniano non possa comprendere i diritti reali, e personali unitamente; altrimenti avendo per sicuro ciò, che si reca in controversia, sembra che possa peccare di petizion di principio. All' opposto, essendo che per le cose già esposte resta ben dimostrato il contrario, ne

(1) Huber ad tit. inst. De act. n. 2.

(2) Brunemann. de concurs. cumul. et transmiss. action. cap. 1. n. 5. ad 11.

*

nasce, che la novella riforma vada precisamente all' inutile.

Vi sono stati gli ultimi scrittori in materia, e frà di essi alcuni degli ottimi Francesi che son pervenuti a noi, i quali hanno immaginato una cosa terza, esprimendosi a questo modo: L' azione è un mezzo legittimo da ripetere in giudizio ciò, che ci è dovuto, o che ci appartiene. Sotto ciò che ci appartiene essi credono esprimere l' azione reale, e l' azione personale sotto ciò che ci è dovuto. Essi a buon conto gustano più la teoria dell' Ottomano e del Wissembachio, mentre, a ben intendere, tanto vale il dire ciò che è nostro, quanto il dire ciò che ci appartiene. E se è così, la loro riforma va soggetta alle disapprovazioni stesse, delle quali non si è fatto esente l' Ottomano, ed il Wissembachio. Se non che, in quest' ultima novella scoverta vi sarebbe anche da dire, che nella inventata espressione di ciò che ci appartiene si ritrova contrario il testo di Ulpiano nella *L. 9. §. 2. D. de reb. auct. iud. poss.*; non che il testo di Papiniano nella *L. 181. D. de verb. signif.*; dove si dà la spiega al verbo *pertinere*; e si fa comune alle azioni reali ed alle personali. Perloche, risultando l' espressione di *ciò che ci appartirne* riferibile per legge all' una ed all' altra azione, in linea di correzione a Giustiniano, essa non farebbe, che raddoppiare inutilmente

l'espressione di ciò che *nobis debetur*, la quale sicuramente abbraccia e l' una e l' altra. La dicitura adunque peccherebbe di pleonasmo.

Veramente potea esser più rispettato Giustiniano, con quella maniera stessa, con cui egli protestò di conservare tutto il riguardo, e la riverenza dovuta alla veneranda antichità: *Tanta autem a nobis antiquitati habita est reverentia* (1)

SEZIONE 2.

Della dimanda giudiziale.

La dimanda giudiziale oggi è la stessa che il libello convenzionale, conosciuto prima nel foro (2), il quale era definito dai dottori: *Causa instrumentalis, qua actio in iudicium deducitur;* il Bacovio (3). Essa dunque è l'atto con cui si va ad esercitare in giudizio l' azione che compete. *Amplius non peti verbum Labeo ita accipiebat, si in iudicio petitum esset* (4). Ecco qui l' idea della petizione, ossia della dimanda, con cui l' azione va dedotta in giudizio, e si sperimenta. Non può esservi

(1) L. 2. §. 10 Cod. de vet. iur. enucl.

(2) Ved. le nostr. mem. istor. del proc. civ. tom. 2. Dissert. 4.

(3) Bachov. de Act. disp. I Thes. 34.

(4) L. 15. D. rem. rat. hab.

giudizio senza dimanda: non può esservi dimanda senza azione. L'una è subordinata all'altra: e così i trattatisti espongono la materia: *Hactenus ubi, et coram quo actio instituenda sit: sequitur ut videamus de actionis instituendae, et preponendae modo*, lo stesso Bacovio (1). Ed in questo senso nella *L. 13. D. quod met. caus.* l'azione con la dimanda si confonde. *Optimum est, ut si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris.* Si senta Ugone Donello. *Nulla enim actio est, nisi in petitione alicuius rei, eiusque rei persecutione, uti nec ullum iudicium, nisi in quo petatur aliquid L. Amplius D. rem. rat. hab.; unde et actiones dictae petitiones* (2).

Ora secondo cotesti principii l'epiteto *medium legitimum* dell'Eineccio conviene meno all'azione che alla dimanda; anzi sulla dimanda perfettamente sta, ed all'azione potrebbe, e non potrebbe convenire. La dimanda sempre e di essenza *est medium legitimum*, mentre essa è che porta l'esercizio dell'azione innanzi ai giudici, e non si può concepire in senso diverso: l'azione per lo contrario se resti inoperosa, e non dedotta in giudizio col mezzo della dimanda, non presenta mai l'idea di *medium legitimum*: dee abbandonare

---

(1) Disp. I. Thes XXXIII.
(2) Donell. alla L. 3. Cod. de edend. n. 9.

allora questa qualità, e dee ritenere quella che le attribuì Giustiniano, allorchè disse che era *jus persequendi in iudicio*. Ora ciò che non è di essenza di una cosa, non si può portare nella definizione della cosa stessa; lo che rifonde ragione su gli argomenti già esposti, onde non applaudire alla correzione fatta a Giustiniano sul conto della definizion dell'azione.

E vaglia la verità, l'azione che consiste nel diritto, ritiene il suo nome e la sua qualità, anche senza essere sperimentata in giudizio col mezzo della dimanda. Infatti niuno è tenuto ad agire per forza (1), tranne il solo caso della legge *Diffamari* per lo gius romano; ed allora l'azione anche senza essere esercitata, si conserva, e sta sotto il suo proprio nome. Quest'azione non esercitata con la dimanda giudiziale può prescriversi, ed una volta estinta, non torna più in vita (2): ed essa subisce queste fasi col nome di azione, anche non dedotta in giudizio, e quindi distinta dalla dimanda. Si può l'azione contrattare, cedere, vendere (3), restando sempre nei termini di semplice azione, non accoppiata ancora alla dimanda giudiziale.

(1) Tit. Cod. ut nem. invit. ag. vel accus. cogat.

(2) L. 98. §. 18 D. de solut. Art. 2167 2163 e seg. LL. Civ.

(3) L. ult Cod. de her. vel act. vend. art. 1535 LL. Civ.

Le nostre leggi sulla procedura civile anche intendono la dimanda giudiziale al senso stesso, ben distinta dall'azione. In esse, parlandosi delle citazioni introduttive del giudizio, non si fa mai motto di azione, ma sempre di *dimanda*, cioè di azione dedotta in giudizio — *Dimande fra i coeredi — Dimande intentate dai creditori del defonto — Dimande relative alle disposizioni per causa di morte — Dimande di pagamento per causa di spese* (1). E poi, spiegandosi ciò, che dee contenere l'atto di citazione, nemmeno di azione si fa parola ma soltanto della dimanda — *L'oggetto della dimanda* (2). Val quanto dire si serba la proprietà delle voci, e si distingue l'esercizio dell'azione, che è nella dimanda, dall'azione stessa inoperosa, e non ancora dedotta in giudizio; della quale per contrario si fa parola nell'art. 151, dove dicesi che l'azione è reale personale o mista.

Più: nell'articolo 248, trattandosi della contumacia, in cui può incorrere l'attore, quando il reo, senza aver obbligo di fare difesa, viene a prendere il congedo, si dice, che *l'effetto di siffatta contumacia sarà*, che il reo *rimanga assoluto dall'azione proposta.* Ora cosa quì vuolsi intendere per *azione proposta*, se non

(1) Art. 151. 152.
(2) Art. 153.

che la dimanda, con cui essa in giudizio si deduce? Il senso legale di questo articolo si è, che il reo non resti assoluto dall'azione, che in questo caso non è esaminata dal giudice, tantoppiù perchè il reo non è obbligato a presentare le difese, ma resta assoluto dalla dimanda; lo chè nel vecchio foro si esprimea con le parole: *absolvatur ab observantia iudicii* (1).

E cade qui in acconcio l'osservare, che nell'abolito codice di procedura civile l'articolo 154, che corrisponde al citato articolo 248 della procedura attuale, era conceputo soltanto in questi termini: *Il reo che avrà costituito patrocinatore, potrà, senza aver presentate le sue difese, citare all'udienza con un solo atto, ed ottenere la dichiarazione di contumacia contra l'attore, il di cui patrocinatore non comparisce.* Qui terminava l'articolo. Per contrario nella procedura attuale, art.248, si vede fatta la soggiunta in un comma a parte nei termini già espressi, cioè: *Sarà effetto di siffatta contumacia, che il reo rimanga assoluto dall'azione proposta, ed indennizzato delle spese sofferte.* Ora questa novella aggiunzione fatta all'articolo 154, che fu proposta dalla Commissione legislativa del 1818, la quale lavorò sul prospetto del codice di proce-

(1) Vedi Voet tom. 1 pag. 114 n. 8.

dura civile, venne ragionata nel seguente modo: *L'ordinanza del 1667. d' onde è tratto l' articolo 154 del codice di rito provvisorio spiegava chiaramente; che l' effetto della contumacia dell' attore, importasse assoluzione del reo dalla dimanda contro di lui intentata. Il codice di rito, trattandosi di un affare indubitato in Francia, fu breviloquo, e si contentò di dire, che si dava atto di contumacia al reo. Intanto nei nostri Tribunali, si è quistionato, se il congedo in prima istanza, importasse perenzione d' istanza, o assoluzione dell' azione. La Commissione ha riflettuto, che in appello la perenzione d' istanza fa passare in giudicato la sentenza dei primi giudici, e perciò il congedo, anche quando non valesse, che semplice perenzione di istanza, importa assoluzione dall' appello. Rimaneva il dubbio soltanto per lo congedo in prima istanza. La Commissione ha opinato di spiegarne l' effetto nel modo sopraseritto, perchè non l'è sembrato giusto, che il reo debba dipender dal comodo arbitrario dell' attore, sempre che voglia ripristinare l' istanza. All' incontro ha riflettuto, che adottandosi la misura proposta in fine dell' articolo, l' attore sarebbe al coverto di ogni sorpresa.*

Finalmente nelle stesse leggi di procedura civi-

le è spiegato come mai la dimanda giudiziale, e l'istanza, che la sussiegue possano perimersi, e quale sia l'effetto di questa perenzione (1); sempre diverso dall'effetto, che produce la prescrizion dell'azione. Il tutto conferma, che la dimanda è ben distinta dall'azione.

Alla dimanda giudiziale sussiegue l'istanza della causa, che è cosa ben diversa, e che fu definita da Ubero: *iudicialis tenor singularum causarum* (2). La dimanda non fa altro che aprire in giudizio l'esercizio del diritto che nasce dall'azione: quì essa si arresta e non passa più oltre. L'istanza fa proseguire, e porta al compimento l'esercizio di cotesto diritto. L'azione in fatti, che con la dimanda si deduce, è passibile di varie eccezioni o di sostanza o di forma, le quali cammin facendo nel corso del giudizio spiegano il loro treno; e nella contradizione di esse in faccia all'azione dedotta, dove sta la cognizione della causa, si ottiene il pieno e compiuto sperimento del diritto che con la dimanda venne dedotto. Accade bene spesso, che non nel modo come l'azione si è presentata viene poi definita, e decisa; ma con le variazioni, e con le modifiche, che sono richieste dallo stato della causa, guardata nel tutto insie-

(1) Art. 490. 494.
(2) Huber ad pand. de iudic. n. 27.

me in faccia alle vicendevoli proposte, risposte, e repliche delle parti litiganti. E quì è, che si trova il pieno e compiuto esercizio del diritto, nascente dall'azione. Per la qual cosa la dimanda non è a definirsi un'atto con cui si esercita in giudizio il diritto nascente dall' azione; ma sì bene un'atto, con cui si va ad esercitare in giudizio cotesto diritto. L'iniziativa è nella dimanda: il prosieguo ed il compimento è nella istanza che dura fino alla sentenza definitiva, e con essa va a spirare.

Sezione 5.

Della prima divisione delle azioni, riguardanti o le persone, o le cose.

Giustiniano allorchè nelle Istituta divise e classificò le azioni, cominciò dal distinguerle in reali, e personali, delle quali pienamente trattò. Poi venne a parlare, come di un terzo genere, delle azioni, che riguardano lo stato delle persone, le quali egli chiamò pregiudiziali; e disse, che esse si assomigliavano alle reali: ***Reales esse videntur*** (1). Per verità, a stretto rigor di legge, queste azioni riguardanti lo stato delle persone, non possono giammai dirsi reali, mancando loro uno dei principali requi-

---

(1) §. 13. Inst. de act.

siti, che sono proprii delle azioni reali; cioè la persecuzion della cosa in mano al terzo possessore, col diritto a farla restituire. E poi in tali azioni l'attore può essere scambiato col reo, mentre in esse non è definito chi debba figurare con questi caratteri: diviene attore chi prima agisce in giudizio (1). E questa cosa certamente non si confà con le azioni reali. In fatti il Donello, ed altri dotti uomini, che comentano il testo di Giustiniano, avvertono, che egli non definì già per reali queste azioni, ma impropriamente parlando si espresse a quel modo, da che la voce *videri* presenta un'idea non fermamente decisa, ma dubbia, e vacillante. *Verbum videri improprietatem redolet.* Arg. L. 1. §. 1. D. Ad S.C. Turpill. L. 1. §. 12. D. de vi et vi arm.

Intanto, a malgrado ciò, vi sono stati dei dottori che hanno difesa la proposizione dell'Imperadore, anche sotto l'aspetto di un'assoluta proprietà di significato, ed hanno sostenuta la qualità reale delle azioni, riguardanti lo stato delle persone, *libertatis*, *civitatis*, *familiae.* Si sono essi persuasi, che siccome nelle azioni reali per parte dell'attore si asserisce, e si sostiene una qualche cosa, come sua propria, così ancora in queste azioni, l'attore viene ad allegare e sostenere il suo stato, sia di libertà, sia di

(2) L. 12. D. de except.
L. 14. D. de probat.

cittadinanza, sia di famiglia: *Ex parte excellentiori*, dice il Vinnio, *non male in rem esse dicuntur; quoniam his omnibus qui agit, aliquid suum vindicat, et asserit* (1). E l'Oldendorpio ne avea data una spiega maggiore: *Ecce enim non procedunt ex aliquo facto, vel formula negotii gesti, unde producatur personalis actio, sed immediate, ac principaliter complectuntur istae actiones ius ipsum, quod peto in persona alicuius, vel ex diverso libertatem, quam intendo. Et sic respicitur res in persona potius, quam aliquid extra personam. Sicut enim vindicatio proprietatis dicitur in rem actio, ita petitiō alicuius iuris, vel libertatis in rem censebitur* (2). A buon conto, siffatte azioni non possono essere personali, dice questo insigne scrittore, dunque debbono essere reali; anche perchè hanno delle molte somiglianze con le reali, ponendosi mente a ciò, che l'attore viene con esse ad asserire, e proporre in giudizio. È per tacere di parecchi altri, Corrado Rittersusio uomo egualmente sommo, coltivando gl'istessi argomenti, scrive: *Sed possumus defendere, quod vere, ac proprie sint in rem, cum nihil sit medium inter actiones in rem, et in personam. De servitute non est hoc dubium, cum ser-*

(1) Vinn. ad §. 13. Inst. de act.
(2) Oldendorp. caus. 3. act. 9. n. 3.

vi sint in dominio nostro, et rerum numero habeantur, adeoque pecoribus annumerentur. L. 2. ad leg. Aquil. *Liberi quoque in potestate olim parum distabant a servis. Et in libertis multa pristinae servitutis vestigia, multae reliquiae, et quasi maculae inhaerent. In omnibus igitur actionibus his praeiudicialibus suum aliquid petit is, qui agit; verbi gratia, vel servitutem, vel libertatem, vel ingenuitatem vel denique filiationem* (1).

Ma l' argomento del Rittersusio tratto qui dalla ragion del dominio, e dal diritto reale sopra i servi, poco suffraga al proposito, mentre la quistion principale nella specie non è nella ragion dominicale, ma è nel definire lo stato della persona, se cioè sia uomo libero, o servo: e guardata la pura quistion di stato, astrattamente dalla revindica del servo, si vede bene, che essa non offre idèa di realità. Il Boemero accenna la dottrina del Rittersusio, ed a questo modo appunto la ribatte: *Id tamen contendit Rittershusius* (cioè che l' azione circa lo stato sia reale) *cum in effectu de dominio, et iure quodam nobis in persona competente detur. Verum id quidam magis fit secundario, nec ad quascumque actiones praeiudiciales applicari potest. Primario hic de statu*

(1) Rittershus. ad §. 13. Inst. de act.

personae contenditur, *qui per se ius in re non constituit*. *Unde etiam in* L. 1 D. *de liberali causa*, *servus de conditione sua litigare dicitur*; *adeoque proprie non petitur* (1).

Del resto sarà poi vero che, perchè non vi è via di mezzo fra le azioni reali e le personali, debbano aversi necessariamente per reali le azioni, che sono in proposito: *cum nihil sit medium inter actionem in rem*, *et in personam*? Già il Duareno uscì d'impiccio col chiamarle azioni straordinarie: *Quaesitum est an hae actiones in rem sint*, *an in personam*. *Et existimo exraordinarias esse* (2). Ma senza entrare allo straordinario, se queste azioni si ritrovassero fuori delle reali, e delle personali, e formassero un genere ben diverso, e distinto, in cui particolarmente venissero a figurare, senza avere rapporto, nè alle une, nè alle altre, allora l'affare sarebbe tratto da ogni impiccio, e le teorie resterebbero in regola, ed in tranquillità. Giustiniano certamente, come di un genere diverso parlò di queste azioni, perchè le espose dopo avere esaurito il trattato delle reali, e delle personali: e se egli si fosse astenuto dal soggiugnere: *reales esse videntur*, nel che sta unicamente lo scrupolo, non vi sarebbe stato luogo a

(1) Boehmer de act. sect. 2: cap. 1. §. 2. in not. f.

(2) Duaren. Disput. anniuers, lib. II. cap. II.

discettarne tanto. Ora il Boemero è colui, che porge quì al proposito dei lumi, ed in un modo mirabile mette in via questo affare. È sorprendentemente magistrale la sua teoria, espressa in questi pochi termini: *Pro ut ius est, vel personarum, quod versatur circa statum hominum, vel rerum, quod res patrimonii nostri concernit, ita quoque actiones, quae nihil aliud, nisi ius nostrum in iudicium deductum sunt, se habent; Quemadmodum itaque ius personarum toto coelo distinctum est a iure rerum, ita quoque actiones inde descendentes distingui debent* (1).

Dunque, camminando con le regole che sono fissate in faccia al diritto, da cui le azioni emergono, può dirsi che le azioni o riguardano le persone, o riguardano le cose; come appunto il diritto versa o sulle persone, o sulle cose. Le prime niente hanno di comune con le seconde, dalle quali *toto coelo* sono distinte e separate. Per lo che non è del caso qui la ricerca di vedere se le prime, che riguardano le persone siano o pur no reali, o almeno se alle reali si assomigliano: *reales esse videntur.* La loro classe è di genere diverso, perchè l'oggetto a cui son rivolte è tutt'altro di quello, che è proposto in faccia alle seconde, che riguardono le cose. *Summa vero illarum divisio*

---

(1) Boehmer. dict. loc. §. 1.

est, quod actio sit vel praeiudicialis, vel non praeiudicialis ...... Praeiudicialis est actio, quae ex iure personarum, seu statu hominum descendit, et neque ad ius in re, neque ad ius ad rem spectat, sed distinctam ac separatam naturam habet (1).

E con la guida di queste sicure teorie il trattato delle azioni va regolato diversamente. In esso non si dee cominciare dal riconoscere le azioni reali, e le personali, con aggregarvi le miste; ma bisogna risalire più in alto. Fa d'uopo cominciare a dividere le azioni in due classi principali, cioè in quelle che riguardano le persone, ed in quelle che riguardano le cose. Certamente nella L. 1. §. 2. D. de rei vind. la quistione sull' azione di stato si distingue letteralmente dall' azione reale. *Per hanc autem actionem* (cioè per la revindicazione) *liberae personae, quae sunt iuris nostri, ut puta liberi qui sunt in potestate, non petuntur* (2). Poi, dopo esposte le teorie che sostengono le azioni riguardanti le persone, passandosi alle azioni che riguardano le cose, si può venire alla divisione di esse in reali, personali, e miste. Nelle azioni della prima specie il diritto che si sperimenta versa unicamente sul conto delle per-

(1) Ved. Samuel. Strichio Vol. XI. disp. 16. cap. 1.

(2) Ved. L. 7. §. final. L. 9 D. de liberal. caus. L. fin. D. si ingen. esse dic.

sone, e non mai si estende alle cose; o che questo diritto sia attivo, o che sia passivo. La persona allora è il soggetto dell'azione; lo stato, o la qualità che alla persona vuole applicarsi, o di che vuole essa privarsi, è la ragion del contendere, che porta a risultati tutti personali, e non mai reali. *Neque itaque proprie in rem sunt, sed potius diversum sui agendi fundamentum, diversamque petendi rationem habent* (1). Nelle azioni della seconda specie, che riguardano le cose, va in regola la triplice distinzione in reali, personali, e miste.

Nè fa ostacolo la rispettabile autorità di Giustiniano, seguita da tutti i dottori, secondo la quale stà in principio la division delle azioni in reali, e personali: *summa divisio in duo genera deducitur, aut enim in rem sunt, aut in personam* (2). Giustiniano mentre fece questa principal ripartizione delle azioni, che poi suddivise in tante altre specie, non ebbe in mira ciò, che col mezzo delle azioni si deduce in giudizio, ma guardò unicamente la natura delle azioni, e le loro cause diverse, mettendo in veduta come dice Vinnio, *naturam, causas, vim et proprietatem singularum, velut in tabella* (3). Egli sod-

(1) Boehmer. dict. loc. §. 11.

(2) §. 1. Inst. de act.

(3) Vinn. ad §. 1. Inst. de act.

disfece al suo disegno, e fedelmente andò al fine che si avea proposto. Dopo esaurito il trattato delle azioni, riguardate nella loro origine, e nella loro causa, si rivolse alle azioni pregiudiziali, nelle quali viene in mira l'oggetto che esse hanno; e dimostrò col fatto che queste azioni appartenevano ad un'altra classe, ed erano di genere diverso.

Riordinando dunque la materia delle azioni, e cominciando dal dividerlo principalmente in quelle che riguardano le persone, ed in quelle, che riguardano le cose, si tiene anche dietro all'ordine proposto nella compilazione delle nostre attuali leggi civili, nelle quali al primo libro diffusamente si tratta delle persone, e poi al libro secondo si passa a parlar delle cose. Per quello che è scritto al libro primo, si rendono necessarie le teorie che regolano le azioni sopra i varii stati, e sulle diverse qualità, che possono competere alle persone, e di cui esse si rendono suscettibili. Poi, serbando l'ordine già posto, siegue in regola lo sviluppo di tutto il resto, che concerne le azioni riguardanti le cose, sotto il loro triplice aspetto di reali, personali, e miste. Sta dunque che la primaria division delle azioni sia in quelle che riguardano le persone, ed in quelle che riguardano le cose.

Sezione 4.

Delle azioni che riguardano le cose, e della loro triplice divisione in reali, personali, e miste.

Giustiniano, intendendo parlare delle azioni che riguardano le cose, le distinse in tre classi: *rei persecutorie*, *penali*, e *miste*; ma egli ebbe oggetto più vasto, perchè si propose di trattare la materia delle azioni estesamente, così per i giudizii civili, che per i giudizii penali. Ebbe egli qui in oggetto il fine, a cui in generale tendono tutte le azioni. *Ratione finis, actiones sunt vel rei persecutoriae, vel poenales, vel mixtae*, il Boemero (1). Intanto di queste tre classi di azioni, la prima solamente viene ora al proposito, cioè la *rei persecutoria*, con la quale, al dir del giureconsulto, noi andiamo in cerca di ciò che è nostro, e non si trova nel nostro patrimonio (2). Questa azione riguarda i giudizii civili, che sono quì unicamente in oggetto dell'opera. E fissando tutte le vedute nelle sole azioni *rei persecutorie*, che poi per eccellenza sono chiamate azioni, si anderà a farne la ripartizione, e la ricerca nei varii loro generi, per trattarli un per uno ripartitamente.

---

(1) Boehmer. de act. sect. 1. cap. III. §. 8.

(2) L. 25. D. de obl. et act.

Ora tutte le azioni, di che parliamo, vanno dirette contra le persone, che si convengono in giudizio, e non già contra le cose, con le quali non è mai concepibile, che possa agirsi; e quindi tutte le azioni dovrebbero dirsi personali. All'opposto, mentre contro alla persona si agisce, non si avvera giammai, che la persona si richiegga, ma essa è convenuta per ottenersi la cosa; e sotto questo rapporto tutte le azioni dovrebbero chiamarsi reali. Ciò nulla ostante le azioni si dividono in reali, e personali, alle quali si aggiungono le miste. La ragione si è, perchè nel farne questa divisione non si ha in oggetto la cosa che in giudizio si domanda, ma il diritto, che si rappresenta a pretenderla; e quindi *tanquam ex caussa efficiente* si distingue, e si denomina l'azione (1). Se il diritto è sulla cosa, senza riguardo alla persona, l'azione risulta reale: se è sulla persona per avere la cosa, l'azione riesce personale. La prima nasce dal *gius in re*, la seconda dal *gius ad rem.* Appositamente il Boemero: *iura sunt qualitates, quae per se non sussistunt, sed subiectum, cui insint, desiderant, quod est vel res, vel persona*: *inde ius in re, et ius ad rem* (2).

(1) Vinn. ad §. 1. Inst. de act. n. 1.
Donell. ad §. 1. inst. cod.

(2) Boehmer. sect. II. cap. II. in not. C.

Le nostre leggi sulla procedura civile riconoscono tre generi di azioni, cioè le reali, le personali, e le miste (1); e sotto questo triplice aspetto abbracciano tutto ciò, che può dirsi in materia. Giustiniano nelle sue Instituta fu quì più prolisso, mentre andò a dividere le azioni, di che trattiamo, in cinque, o sei classi diverse, mettendo in veduta *naturam*, *caussas*, *vim*, *et proprietatem singularum*, *velut in tabella* (2). Ma egli dovette servire al gusto del tempo, e adattarsi alla giurisprudenza allora vigente. Più: dovette serbare un linguaggio, che poi facesse intendere con i proprii vocaboli tutto ciò, che era sparsamente detto nel corpo del diritto romano, che egli avea raccolto. Si era distinto fra il diritto civile, ed il diritto pretorio: si erano assegnati i nomi alla Pubbliciana, alla Paulliana, alla Serviana: erano conosciute le azioni in *simplum*, *in duplum*, *in quadruplum*: si facea differenza fra le azioni di buona fede, e quelle di stretto diritto, come anche fra le azioni dirette e le utili; ed altro. Ma lo stesso Giustiniano protestò sul bel principio, che la principale divisione delle azioni era in due generi, reali, e personali: *Summa divisio in duo genera deducitur, aut enim in rem sunt, aut in personam* (3). Non vi aggiunse

(1) Art. 151. proced. civ.
(2) Vinn. dict. loc.
(3) §. 1. Inst. de act.

in questo luogo le azioni miste, delle quali per altro parlò in prosieguo (1); ma non perciò la sua principal divisione in reali, e personali riuscì monca, o inesatta; nel che è stato già difeso dai dottori. Egli seguì la stessa divisione, che avea ritenuta Ulpiano nella *L.25 D. de obl. et act.*, ed ai tempi di Ulpiano non erano segnatamente marcate le azioni miste; mentre per la petizione della eredità, questa era creduta azione reale (2), e per le tre azioni *familiae erciscundae, communi dividundo, finium regundorum*, queste erano ritenute per azioni personali (3). *Ego sic sentio*, dice il Vinnio, *veteres plura actionum genera, quam duo illa quae hic proposita sunt non agnovisse, easque, quae mixtae aut mixtam caussam obtinere certo respectu dicuntur, comprehendisse sub simplicibus, atque adnumerasse ei speciei, ad quam principaliter, et ratione originis pertinent* (4).

Ma poi il quasi universale consenso di tutti i dottori ha dimostrato, che resti più compiuta, ed esatta la general divisione delle azioni, aggregandovi anche le miste, lo che fu seguito nelle nostre leggi di procedura civile. E certamente esse for-

(1) §. 28. Inst. eod.

(2) L. 25. §. Antepen. de pet. hered. L. 1. L. 27. §. 3. de rei vind.

(3) L. 1. D. fin. reg.

(4) Vin. ad §. 1. Inst. de act. n. 6.

mano un genere ben diverso dalle reali, e dalle personali. Se non che: *mixtura illa non spectat originem causamque, sed subiectam judicii materiam*, come avverte l'Ubero (1). Per lo che conchiude il dotto Einneccio: *Quamvis quaestio illa dentur ne actiones mixtae, et non adeo magni momenti sit, et ipsi alio loco ostenderimus, posse doctrinam de actionibus, et sine hac distinctione explicari, non tamen existimo absurdam esse eorum sententiam, qui mixtas actiones requiri contendunt* (2).

Si rende qui opportuno l'osservare, che le nostre leggi di procedura civile, mentre distinguono le azioni in personali, reali, e miste, ed assegnano ad ognuna di esse il foro competente (3), non s'incaricano delle azioni personali-reali: *scriptae in rem*, nè del foro che ad esse corrisponde. Certamente non essendo oggi sconosciute queste azioni personali-reali, anzi trovandosi in piena osservanza come era per diritto romano, è a dire che la legge ha inteso di additarle sotto una delle tre specie, che ha espresse. Ma a quale specie propriamente esse appartengono? Qual'è il foro dove debbono esser dedotte?

Il Bacovio scrittore di gran polso divise le azioni

(1) Huber ad tit. Inst. de act. n. 19.

(2) Heinecc. ad Vinn. §. 1. Inst. de act.

(3) Art. 151. proc. civ.

in *pure*, *e miste*. Nelle *pure* collocò le personali, e le reali: nelle *miste* pose le *scriptae in rem*, e le miste così propriamente dette. *Denique* PURA *actio est quae vel est in rem tantum, vel in personam:* MIXTA *quae est in rem, et in personam. Et haec mixtura duplex est; altera ubi actio causa tantum personalis, obiecto tantum realis est. Altera mixtura est, cum actio, et duplicem causam efficientem, v. g. et dominium et obligationem; et duplex ob ectum, duplicem intentionem habet* (1). E secondo questi principii dovrebbe dirsi che le nostre leggi di procedura sotto la terza specie indicata delle azioni miste comprendono le *scriptae in rem*. Ma non è così.

Il Bacovio riunisce alle miste le *scriptae in rem*, perchè vuol dimostrare che esse entrambe non sono azioni pure, ed a queste si contropongono; guardandosi quì l'oggetto delle azioni, e non la loro causa efficiente. Ma nel tempo stesso rileva egli la differenza, che passa fra la mistura che si trova nelle *scriptae in rem*, e quella che è nelle vere miste. Il tutto è espresso laconicamente, e magistralmente bene. Or questa differenza appunto dimostra che le *scriptae in rem* fanno classe con le personali, di cui sono una specie, e non si

(1) Bachov. de act. Disput. II. Thes. V. VI. VII.

riuniscono alle azioni miste. Infatti niuno ha mai insegnato che le azioni miste siano la stessa cosa delle *scriptae in rem*. E noi nel trattare entrambe coteste azioni al luogo proprio, parleremo delle miste al titolo particolare, che loro corrisponde, e delle *personali-reali*, sotto la rubrica delle azioni personali, delle quali esse risultano una specie. La ragione si è perchè Giustiniano nell' additare le azioni *scriptae in rem*, le riportò appunto alle personali; *namque agit unusquisque, aut cum eo qui ei obligatus est, vel ex contractu, vel ex maleficio, quo casu proditae sunt actiones in personam, per quas intendimus adversarium ei dare et facere oportere, et aliis quibusdam modis* (1). Ed è risaputo che sotto queste ultime espressioni: *aliis quibusdam modis*, si adombrano le azioni *scriptae in rem*. Dunque è a dire, che nelle nostre leggi di procedura civile sotto le azioni personali si contengono le personali-reali *scriptae in rem*.

Il foro poi competente per le azioni personali-reali *scriptae in rem*, è certamente il foro della cosa sita, perchè l'oggetto dell'azione è tutto rivolto alla cosa. L'origine sta nella obbligazione, e ciò serve a definir l'azione come personale: ma l'oggetto è rivolto alla cosa; e siccome in queste azioni non si

(1) §. 1. Inst. de act.

conviene la persona, perchè dia o faccia o non faccia qualche cosa, ma si agisce *aliis quibusdam modis*, così per avere effetto l'azione che è rivolta alla cosa, bisogna che si agisca nel foro dove la cosa è sita. A buon conto si rientra nella regola generale, riconosciuta anche dalle nostre leggi (1), che cioè nelle azioni reali si va al foro della cosa sita. È classica la *L. 3 Cod. ubi in rem actio*; e l'argomento è trattato luminosamente da Ugone Donello che versa a lungo su questa legge, e la comenta (2).

Le azioni personali-reali dunque, mentre fanno classe con le azioni personali, debbono essere dedotte e sperimentate nel foro della cosa sita, a cui esse sono dirette (3).

Sunt tamen quaedam personales (actiones), *quae extra ordinem dantur contra omnem possessorem, et in foro rei sitae institui possunt. L. 38 in fin. D. de iudic.*, *specialique nomine vocantur in rem scriptae, uti actio quod metus causa, ad exhibendum, aquae pluv. arc. Calvisiana, et Faviana ec. minime vero pignoratitia* (4).

---

(1) Detto art. 151 proced. civ.

(2) Donell. de iur. civ. lib. 17. cap. 17.

(3) Ved. Brunemann. ad dict. L. 3 Cod. ubi in rem act.

(4) Boemero sect. 1. cap. 3. n. 5.

Sezione 5.

Della terza divisione delle azioni in petitorie, e possessorie.

Le azioni si distinguono ancora in petitorie, e possessorie: e qui viene riguardato l'oggetto a cui esse sono dirette. Le petitorie perseguitano la proprietà delle cose; le possessorie sono rivolte al solo possesso: oggetti per altro ben distinti fin da che nel constituirsi le società civili si riconobbe il diritto del possesso separato dal diritto della proprietà; onde ebbe a dire il giureconsulto: *nihil commune habet proprietas cum possessione* (1). Possono essere dunque le azioni o reali, o personali, o miste, come si è veduto nel capitolo precedente, e possono essere altresì o petitorie, o possessorie; ma sotto questo secondo rapporto esse formano una classe a parte, che riesce diversa da quella triplice specie già ravvisata. Infatti Giustiniano non parlò delle azioni possessorie nel luogo delle instituta, dove trattò delle azioni, ma ne parlò sotto il rapporto degli interdetti, dai quali esse scaturiscono, in luogo a parte; e poi nella collezione delle pandette le additò sotto il nome di azioni straordinarie: *De interdictis, seu ex-*

(1) L. 12. §. 1 D. de adquir. poss.

traordinariis actionibus, quae pro his competunt. La qualità di azioni straordinarie le astrae dal senso comune di tutte le altre azioni, e le definisce azioni *sui generis.*

Intanto non mancano parecchi scrittori, ai quali piace di collocare le azioni possessorie sotto la rubrica delle azioni reali; e propriamente opinano a questo modo coloro, che mettono il possesso per la quinta specie del *gius in re.* Ma i dottori di buon gusto non accedono a questo sentimento. *Facti enim magis est possessio, quam iuris* (1). Si ascolti il Boemero: *communiter possessionem inter species iuris in re referunt, id quod tamen ab aliis non sine ratione reprobatur. Nam 1.° ex possessione non datur actio realis, quia remedia possessoria petitoriis, quae ex iure in re competunt opponuntur 2. fur habet quidem possessionem, sed ut ius in re ei tribuam a me impetrare nequeo. 3. ius in re rei cohaeret, nec ita potest amitti: possessio, quae magis facti est, facile amitti et interverti potest. Dicitur quidem quandoque possessio iuris esse, sed inde non statim concludi potest quod sit ius in re* (2).

Ius possidendi, dice il Grozio, *ex possessione*

(1) Stryk de act. sect. 11. membr. 11. §. 1.
(2) Bohmer: pag 300.

sequitur. E quale è mai cotesto diritto ? Lo spiega egli stesso : *ius inde oriundum est , quod quisque rem a se possessam detinere , et sibi eripere volenti , resistere potest.* Più : *quod in possessione maneat , donec alius rem iure evincat* (1). E su questa dottrina del Grozio dimostra Ulrico Ubero, che il diritto al possesso *in eorum numero haberi non possit quae iura in re solent appellari ...... possessio igitur , vel ius possessionis neque in re , neque plane ad rem est ..... ergo ista possessio tale ius non est* (2). Vi sono al proposito le dotte osservazioni del Bornio, che in questo viene seguito ed applaudito da Giovanni Einnecio ; rinforzando l' argomento con ragioni più energiche, fra le quali vi è la seguente: *nam possessio non producit ius , nisi momentanenm L. 15. de adquir: rer: dom: L. 5. D. de usurp. Id est ex possessione sola nullum mihi nascitur ius , nisi quamdiu possideo. Hinc si quis ius suum iudici demonstrat , statim possessione excedere cogor , si vel maxime dicam me bona fide , et iusto titulo possidere. Atqui ius in re non est ius momentaneum , sed durare debet etiam possessione amissa ..... hinc recte ratiocinamur nullum ius in re est momentaneum* (3).

(1) Grot: lib: 2. jurisprud: Holland: cap: 2. princ: et §.8.
(2) Uber: digress. cap: 10. num· 3.
(3) Heinec. recit. §. 334.

Del resto per rendere la cosa ben chiara, bisogna convenire nel principio, che tutte le azioni possessorie prendono origine dagli antichi interdetti del Pretore; lo che in appresso sarà meglio dimostrato. E bisogna distinguere fra ciò che accadeva ai tempi del pretore romano, e ciò che poi venne introdotto. Ora gli antichi interdetti non risvegliavano certamente idea di *gius in re*, mentre essi non riguardavano, che il solo possesso, nel quale per le cose dette non può collocarsi il *gius in re*. Il possesso poi qui non è al senso di possesso naturale, come sarebbe la nuda detenzione della cosa, che si verifica nel conduttore, nel depositario, nel commodatario; ma è nel senso del possesso civile *cum animo sibi rem habendi* (1). E questo possesso era quello che il Pretore o dava o garantiva con gl' interdetti *adipiscendae*, *retinendae*, *vel recuperandae*; i quali interdetti erano da lui accordati usando più dell' impero, che della giurisdizione, e tenendo spesso dietro le promesse, che nei suoi editti veniva a fare. *Praetor Romanus eam materiam* (cioè del possesso) *suis edictis plene complexus est*, *ex quibus interdicta reddidit*, l' Oldendorpio (2). Infatti nell' editto *ut in flum: publ: navig: lic*: era scritto: *ut per lacum*,

(1) V. Einnec. recit. ad tit. de interdict. §. 1286.
(2) Oldendorp. class. 2. act. 1.

fossam, stagnum publicum navigare liceat, interdicam. Più: parlandosi delle cloache: *item ne quid fiat, immittaturve interdicam* (1).

Questi interdetti intanto erano sempre personali, non perchè nascessero da azione personale, che allora certamente nella materia possessoria non si riconosceva; da che gl' interdetti si impetravano per via di libello, e si accordavano col mezzo dei decreti Pretorii, pronunziati nel giorno, così detto delle postulazioni (2). Ma erano personali, perchè guardati in loro stessi, si dirigevano alle persone, e col loro ordinativo obbligavano a fare, o non fare qualche cosa; ed è perciò, che disse Ulpiano: *interdicta omnia licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt* (3). Al più al più i dottori hanno detto, che essi erano personali *scripta in rem*, o piuttosto *causa rei*, come accuratamente scrive il Cuiacio, riferendosi ai due interdetti *retinendae, et recuperandae* (4). Questo riguarda gl' interdetti.

Ora, dopo smontato il regno forense pretorio, svanì con esso tutto il sistema degl' interdetti, ed

(1) Barnab. Brisson: de form. III. pag. 285 V. Samuel. Pitisc: voc. Interdicere.

(2) V. Giacomo Revardo Protrib. cap. 6. E le nostre memorie istoriche del proc. civ.

(3) L. 1. §. 3. D. de interdict.

(4) Cujac: tom. 8. p. 354.

allora fu che si rendette espéribile il diritto al possesso per via di azioni straordinarie, *ex causa interdictorum*; e così gl' interdetti in un certo modo si accomodarono alla natura delle azioni, e cominciarono a presentare nelle azioni possessorie un quasi doppio aspetto, di realità, e di personalità. Si senta il Boemero: *Haec (interdicta) analogiam quamdam cum actionibus ordinariis habere videntur, ita, ut actiones, quae pro his competunt, certa ratione dici possint reales, et personales. Quaedam enim interdicta occasione iuris in re nascuntur: quaedam conventionem vel delictum supponunt; et inde haec in personam, illa vero in rem esse videntur. Ratio differentiae est, quod haec in foro rei sitae costituantur; illa vero in foro domicilii potissimum: illa competunt contra quemvis possessorem, vel turbantem, non aeque haec* (1). Per gli interdetti *occasione iuris in re* intende il Boemero gl' interdetti *adipiscendae possessionis*, come egli stesso spiega, e come anche il Cuiacio avvisò (2); da che in questi interdetti è rimirato fra l'altro il *gius* ereditario, che è un diritto reale. E per gli altri interdetti, che suppongono il fatto dell'uomo, o molesto, o criminoso, intende gl' interdetti *retinendae*, *vel recuperandae*.

(1) Boehmer. sect. 2. cap. 4. §. 12.

(2) Dict. tom. 8. fol. 354.

Ma checche sia dell' interdetto *adipiscendae*, che oggi presso di noi non ha più luogo, certamente per gli altri due, che animano ora le azioni possessorie in caso di turbativa, diritto reale alcuno non si può ravvisare, nè da essi azione alcuna reale può emergere: *Certe petitoriam actionem ex possessione non nasci, communior sententia*: lo Strichio.

Per gl' interdetti cammina oggi l' azione *in factum*, e ne consentono tutti i Dottori (1). Il fatto è appunto nell' azion molesta ed ardita, con cui il possesso vien turbato, o vien ritolto. Ed agendosi per ritenere, o per ricuperare cotesto possesso, non si sperimenta diritto reale vindicatorio, ma azione personale *ex causa interdicti. Qui possessionem petit, non vindicatione, sed interdicto agit* (2). Ed ogni azione *in factum* è personale (3). Gli interdetti erano personali *scripta in rem*; ed in questo senso possono prendersi anche oggi le azioni possessorie, guardandosi l' oggetto a cui sono esse rivolte, e la causa loro occasionale, che nasce dal fatto della turbazione; ma mentre queste azioni sono nell' effetto personali-reali, non possono andar definite sotto questa denominazione; perchè

(1) Oldendorp. class. 3. act. 7. Wisembach. disp. 23. ad 116. 43. D. thes. 1. n. 2.

(2) Gotofr. ad L. 3. D. ad exhib.

(3) L. 25. D. de Obl. et act. L. 1. et seq. de praescript. verb.

la definizione si dee prender dall' origine, ossia dalla causa efficiente dell' azione. E questa nelle azioni possessorie sta unicamente nel possesso. Il possesso non è *gius in re*, ne *gius ad rem*; dunque l' azione che da questo possesso emerge, è un' azione *sui generis*.

Per ultimo: le azioni possessorie non riguardano soltanto le cose, ma riguardano anche lo stato delle persone, la loro condizione, e la loro qualità personale, che possono essere garantite nel possessorio egualmente, che ogni altro diritto reale. Ora lo stato delle persone, la loro condizione, e le loro qualità personali, per le cose dette di sopra, non ammettono idea di *gius in re*, n di *gius ad rem*.

CAPITOLO SECONDO

Delle varie specie di azioni, che riguardano le persone nel loro stato civile, di cittadinanza, e di famiglia, e per le qualità loro personali.

Art. 6. Appartengono allo stato civile di cittadinanza delle persone le azioni, che riguardano:

1. La dichiarazione di nazionalità per l'esercizio dei diritti civili e politici:

2. La dichiarazione della legittima esistenza dei corpi morali:

3. Gli atti tutti dello stato civile, e quelli della loro rettificazione:

4. La dichiarazione, e gli effetti dell'assenza:

5. La privazione dei diritti civili per la perdita della qualità di nazionale, o in conseguenza di condanne giudiziali.

Art. 7. Hanno rapporto allo stato di cittadinanza le seguenti altre azioni; cioè:

1. Quelle che riguardano la tutela, in quanto alla nomina del tutore, alle cause di esclusione, o di rimozione dei tutori:

2. Quelle che hanno in oggetto la interdizione, per motivo di imbecillità, di demenza, o di furore:

3. Quelle che corrispondono alla dichiarazione, o al cangiamento del domicilio:

4. Quelle che riguardano la minore età, in ordine alla capacità di contrattare, di stare in giudizio, e di esercitare pubbliche cariche:

5. Quelle che portano la dichiarazione del tempo della morte, per regolare l'apertura delle successioni, ai termini dell' art. 639 LL. Civ.:

6. Quelle che tendono a far ricusare i giudici:

7. Quelle che son dirette a far dichiarare, o sostenere i titoli onorifici, e la nobiltà delle persone, e delle famiglie:

8. Quelle che riguardano la condizione di ecclesiastico, o di monaco, per gli effetti civili, e politici:

9. Quelle che riguardano la condizione di pubblico funzionario, per le obbligazioni, e per i privilegii annessi alla carica:

10. Quelle che riguardano la condizione di donna maritata :

11. Quelle che hanno in oggetto le condizioni personali nascenti da professione di scienze, o di arti, in quanto agli effetti civili, ed alle conseguenze che ne emergono:

12. Quelle che riguardano la condizione di militare, per le esenzioni, e per i privilegii che vi sono annessi.

Art. 8. Appartengono allo stato di famiglia le azioni che hanno in oggetto:

1. La paternità, e la filiazione:

2. I figli naturali, e la loro legittimazione, o il loro riconoscimento :

3. Le adozioni :

4. Il diritto che ha la madre separata di corpo a far riconoscere dal padre i figli, onde educarli, ed alimentarli :

3. Il diritto che ha la madre naturale in caso di ratto, per far dichiarare il padre, ad oggetto di astringerlo ad alimentar la prole :

6. La dichiarazione delle parentele nei gradi riconosciuti, ed ammessi dalla legge.

Art. 9. Hanno rapporto allo stato di

famiglia le seguenti altre azioni, che riguardano:

1. La patria potestà:

2. La emancipazione:

3. I diritti agli alimenti, che hanno i figli legittimi, ed i figli naturali verso i loro genitori, e quelli che a vicenda competono ai genitori bisognosi contra i loro figli; come anche la stessa ragione alimentaria, che ha luogo tra le persone legate in gradi stretti di parentela, e costituite nel bisogno:

4. I diritti ed i rispettivi doveri dei coniugi:

5. Le opposizioni al matrimonio, e le dimande per impugnarlo, in quanto agli effetti civili:

6. La separazione personale fra marito e moglie, e gli effetti di essa:

7. Il diritto che ha il padre separato di corpo a farsi esibire i figli dalla madre:

8. Il diritto che è comune all' uno ed all'altro coniuge separato di corpo, per far ordinare, a maggior vantaggio dei figli,

che siano essi affidati alla cura di lui stesso, o di una terza persona.

Art. 10. I giudicati una volta legalmente emessi nelle cause di stato con l'intervento del contraddittore legittimo, fanno regola in tutte le altre cause consimili; come anche per tutte le controversie che da esse dipendono.

Più: essi giovano, o nuocciono anche ai terzi che non ebbero parte nel giudizio.

Art. 11. Le azioni possono riguardare ancora le varie qualità inerenti alle persone, che da esse si spiegano particolarmente nei contratti e nei giudizii, o agendo a nome proprio con qualità aggiunta, come di erede, di legatario, di mandatario, di cessionario, di donatario; o agendo a nome alieno, come di procuratore, di amministratore, di gestore di negozii, di tutore, di curatore, di consulente giudiziario, di sindaco provvisorio, o di agente nelle fallite.

Art. 12. In tutte le azioni riguardanti lo stato, la condizione, e la qualità del-

le persone, quando siano isolatamente trattate, il foro competente è quello del domicilio, o della dimora della persona, che, o attivamente, o passivamente, forma il soggetto dell'azione.

SPIEGAZIONE DEL CAPITOLO SECONDO.

Sezione prima.

Della indole, della natura, e degli effetti delle azioni che riguardano lo stato delle persone.

Siamo alle azioni riguardanti lo stato delle persone, del quale stato si tratta nelle leggi civili art. 36, 106, ed art. 249, 250, 251. Coteste azioni da Giustiniano si ebbero per pregiudiziali, e sotto questo nome per eccellenza si designarono: ***praeiudiciales actiones*** (1); nel che fu egli uniforme ai giureconsulti romani, i quali le chiamarono ***praeiudicia*** (2). Ma con ciò non vuolsi intendere, che queste azioni abbiano a pregiudicare le altre cause, o che debbano aver sempre preferenza nei giudizii. Tali cose possono esser comuni anche ad altre azioni, le quali intanto non son chiamate ***praeiudiciales*** (3). E bene spesso può accadere, che le quistioni sullo stato, e sulle qualità delle persone, che sono appunto le pregiudiziali, ven-

(1) §. 13. Inst. de act.

(2) L. 18 D. de prob. L. ult. si ingen. ess. dict. L. 2. §. 2. de rei vind. L. 37. D. de obl. et act.

(3) Ved. L. 8. §. penult. de inoff. test. L. 54. de iudic. L. 18. 21. de except. L. 5. in fin. Cod. de hered. petit.

gano a sorgere cammin facendo nei giudizii, o si propongano per via di eccezioni: ed allora esse si trattano incidentalmente, o in linea di eccezione si esaminano. È nota la nostra antica Costituzione del Regno: *Exceptionem filiationis, generis sive gentis, et quod heres non sit.*

Al senso dunque di Giustiniano si debbono dire pregiudiziali le azioni in proposito, e nell'antico foro; e poi nel foro che seguì, al modo come dai Dottori si è già luminosamente detto e dimostrato. Per lo foro antico romano: ***Non inde ergo praeiudiciales actiones dictae sunt***, scrisse Giacomo Revardo, ***quod in iis magnum praeiudicium vertatur: vel quod aptae sint aliis praeiudicare causis, vel denique quod per illas impediri videatur, ne praeiudicium feratur, ut plurimi somniarunt; verum inde potius, quod prius, ad quas pertinent, causis per datum iudicem expediantur*** (1). E per lo foro posteriore, l'Oldendorpio: ***Praeiudicium dicitur, quod ante iudicatum sequentibus sententiis, vel negotiis diiudicandis viam sternit, praebetque limites*** (2).

E con più precisione e maggior dettaglio il Rittersusio: ***Per excellentiam praeiudicia dicuntur hae actiones de statu . . . . quia ideo isti-***

(1) Raevard. de praeiudic. Cap. XII.

(2) Olendorp. class. 3. act. 9.

tuuntur, ut praeiudicium faciant aliis rebus, ita ut ex earum eventu ab sententia in his lata descendat decisio aliarum causarum, et controversiarum; verbi gratia, si factum sit: An aliquis liber sit an servus alterius, et is pronunciatus sit servus: hic non subsistimus, sed simul etiam iudicatum et pronunciatum esse dicimus de omnibus iis, quae servituti adhaerent, incommodis, ut dominium, ius coercendi, operarum exactio, et praestatio, quascumque dominus imperarit; item adquisitio omnium bonorum, obligationumque. Quae omnia alia sunt si liber esse pronunciatus est (1).

E quello che quì si rileva sul conto della servitù, vale per gli altri stati personali di cittadinanza e di famiglia; dove fatta una volta la dichiarazione dello stato, essa cammina per tutte le conseguenze, e per le altre cause che sulla dichiarazione dello stato possono attivarsi (2). *Aliis causis praeiudicatur*, come elevò in massima il giureconsulto Marcello nella *L. 43 D. de minor.*

A buon conto, dice elegantemente il Toullier sulle tracce dei Scrittori già rapportati: Queste cause diconsi pregiudiziali. « Parce qu'elles jugent » d'avance toutes les autres actions, qui pourront en

(1) Rittershus. ad §. Praeiudiciales Inst. de act.

(2) L. 23 D. de stat. hom.

» dépendre, et s'élever dans la suite sur le mê-
» me sujet, entre quelques personnes que ce soit,
» et que le but qu'elles se proposent, le but qui
» leur est propre, est de les préjuger toutes, c'est-
» à-dire de le juger d'avance, même avant qu'el-
» les soient nées (1).

I giudicati, che da queste cause pregiudiziali emergono, fanno stato anche in faccia ai terzi, che non ebbero parte nel giudizio. Onde è che la sentenza pronunciata tra il padre ed il figlio vale anche in faccia a tutti gli agnati, ed i cognati (2). Fallisce qui la regola, che detta: *iudicatum inter praesentes tenet* (3). E basta, che nel giudizio sia intervenuto il legittimo contraddittore, col quale legalmente, e ritualmente siasi agito, perchè la cosa giudicata stia, e si ritenga per legge in faccia a tutti. *Placet enim eius rei iudicem ius facere . . . . eoque iure utimur*; scrive decisamente Ulpiano nella causa appunto di stato (4). Ed è qui il caso, in cui va bene, ed eminentemente detto: *res iudicata pro veritate habetur* (5). Si senta il Vinnio, il quale, parlando del modo, come le azioni pregiudiziali si istituiscono nel giu-

(1) Toullier tom. X. n. 216.
(2) L. 1. §. ult. L. 2. D. de agnosc. et alend. lib.
(3) L. De unoquoque D. de re iud.
(4) L. 3. D. de agnosc. et alend. lib.
(5) L. 25. D. de stat. homin.

dizio, soggiugne: *atque ut instituuntur, ita et sine exceptione omnibus faciunt, etiam inter alias personas, inter quas postea de eodem statu quaestio inciderit, quamvis alias res inter alios iudicata aliis non noceat* (1).

E bisogna convenire in ciò, che assai bene per queste cause avverte il citato signor Toullier; cioè che « Les questions qui concernent l'état des hom-
» mes sont d'une telle importance, dans la so-
» ciété civile, qu'elles ne peuvent demeurer dans
» l'incertitude. Une fois portées devant les tri-
» bunaux, le jugement qui intervient, les fixe
» irrévocablement, pourvu qu'il soit rendu avec une
» contradicteur legittime . . . .

» C'est à l'état de l'homme, dans la socié-
» té, que sont attachés ses droits, les droits de
» famille surtout, dont l'usage est si fréquent, les
» conséquences si importantes et si étendues. Com-
» bien sa condition serait misérable, si, à cha-
» que occasion qui se présente d'exercer ses droits
» on pouvoit renouveler des contestations sur son
» état! Rien donc de plus sage que cette régle.
» Les jugements rendus en matière d'état fixent
» irrévocablement le sort de celui pour ou con-
» tre lequel ils sont rendus. Ils ont contre tous,
» et pour tous l'autorité de la chose jugée; en

(1) Vinn. ad §. 13. Inst. de act. n. 1.

» un mot ils deviennent lois de la société : *Ius faciunt* (1).

Soltanto, come si è avvertito già, dee aversi cura, che in questi giudicati intervenga il contraddittore legittimo, acciocchè essi riescano legalmente, e compiutamente pronunciati. *Cum non iusto contradictore quis ingenuus pronunciatus est, perinde inefficax est decretum, atque si nulla iudicata res intervenisset*: Ulpiano (2). Che se il giudizio sia stato in ciò difettoso, può il giudicato attaccarsi col rimedio della opposizione di terzo, ai termini dell' art. 538 proced. civ., da colui appunto che si omise di sentire col carattere di legittimo contraddittore, o che non venne con tal carattere rappresentato. La teoria è sviluppata dal Covarruvias nelle sue *quistoni pratiche* (3), ed è esemplificata anche dal signor Toullier nell' opera già additata (4).

Una simile regola hanno i giudicati che riguardano i titoli onorifici e le nobiltà delle persone e delle famiglie, e quelle condizioni personali, che dalla persona non mai si distaccano, e che fanno distinguere gli uomini nello stato sociale.

---

(1) Toullier loc. cit n. 217.

(2) L. 3. D. de collus. deteg. Ved. L. 27. §. 1. D. de liberal. caus.

(3) Covarruv. pract. quaest. 13.

(4) Toullier dict. loc. n. 219 e seg.

Una volta si giudica sul loro conto, e quando siasi adito il giudice competente, e non manchi il legittimo contraddittore, il giudizio sta sempre in faccia a tutti. *Quorum resolutio in hoc etiam tendit, ut nihilominus in hac specie, quoad ius publicum, quoad munera publica, sententia omnibus aliis prosit et noceat, quoties causa fuerit examinata quantum ad hoc publicum commodum.* Il Covarruvias nel luogo rapportato. Ved. la definizione 7. del Fabro al titolo del Cod. *de re iudicata.*

Il giudizio di stato, di che trattiamo, regolarmente va inteso nel senso di giudizio in principale; quando cioè principalmente, ed unicamente della causa di stato va a conoscersi, e pronunciarsi. *Quid*, se incidentemente in una qualche causa la quistion di stato si promuova, e vi si pronuncii in linea incidentale? Bisogna allora distinguere, se il giudice della causa pricipale sia o pur no competente anche per la causa incidente di stato. Essendo egli incompetente, la sua pronunciazione qualunque, non nuoce, e non pregiudica allo stato della persona. Il caso è preveduto dagli Imperadori Severo, ed Antonino nella *L. 1. Cod. de ord. iudic.*, che è comentata a lungo da Ugone Donello, il quale conchiude, che pronunciando incidentalmente il Preside sullo stato dell'impubere, mentre esamina la causa della eredità, la sua sentenza non fa re-

gola sullo stato. *Sed non ideo hoc idem valet atque si de statu impuberis principaliter actum, et pronunciatum esset. De hereditate quidem ipsa cum petitore, tanquam qui ob suprascriptas causas heres non sit, aut non potest. Sed si is qui de hereditate victus est, eundem illum petitorem servum suum esse ex alia causa intendat, nihil obstet ei, quominus id faciat. Aut, quod victor adversus alias personas pro libero non habebitur, cum si de eius statu iudicatum esset, haberetur; vis haec est praeiudicii L. 1. in fin. L. 2. L. 3. in princ. D. de liber. agnosc.* (1).

Se poi in queste dichiarazioni incidenti abbia pronunciato il giudice competente, anche per la causa dello stato, la causa incidentalmente decisa col legittimo contradditore, resta nella sua decisione ferma ed inattaccabile. Lo ha dottamente mostrato il riferito signor Toullier nell' opera indicata (2).

Sono intanto riferibili a queste azioni pregiudiziali due testi di Ulpiano nella L. 12. D. *de except.*, e nella L. ult. D. *si ingen. ess. dic.*, sotto il rapporto di vedere chi sia in esse l' attore, e chi sia il reo; mentre bene spesso in tali cause

(1) Donell. de iur. civ. lib. 17. cap. 9. n. 16.
(2) Toullier dict. loc. n. 230 a 234.

possono figurare contemporaneamente amendue le parti contendenti da attrici l'una verso l'altra, o da ree convenute: appunto come accade nei così detti giudizii doppii: *Sicut in actionibus duplicibus, sic in praeiudiciis, quaeritur quis: actoris partes sustineat* il Cujacio (1). E secondo l'insegnamento di Ulpiano: *actoris partes sustinet, qui habet intentionem secundum id, quod intendit;* cioè come spiega lo stesso Cuiacio: *eum esse actorem, secundum cuius intentionem data, et concessa est actio.* Lo che importa, che sia attore colui, il quale è il primo a presentarsi in giudizio, e ad intentare l'azione di stato, sia affermativa, sia negativa. Ed è già conosciuto, che nelle cause di stato si fa dai dottori questa distinzione fra l'azione affermativa, e l'azione negativa: *Ad exemplum actionis negatoriae, et confessoriae, in causa status quoque duplex actio obtinet, adfirmativa, qua servus libertatis statum asserit, et negativa, quam etiam contrariam dicunt, qua dominus servo, in possessione libertatis existenti, statum hunc negat:* il Boemero (2)

Conosciuto così chi sia l'attore, egli è che dee adire il giudice nel foro competente. Ora in

(1) Cuiac. observ. V, 37.
(2) Boehm. de act. sect. 2. cap. 1. §. 8.

queste azioni il foro competente è quello, dove si rinviene, o per domicilio, o per dimora, la persona che da il soggetto all' azione stessa. Cotesta persona può essere l' attore medesimo che dimanda sul suo conto la dichiarazione dello stato, e può essere la persona del reo convenuto, sulla testa del quale, dello stato si contenda. Quindi va stabilito per foro competente quello, in cui domicilia o dimora la persona, che forma il soggetto dell'azione.

Sezione 2.

Delle varie specie delle azioni pregiudiziali riguardanti lo stato civile delle persone, secondo i principii del diritto romano.

Giustiniano nell'annunziare le azioni pregiudiziali sullo stato delle persone al §. 13. *Inst. de atc.*, le ridusse a tre: *per quas quaeritur, an aliquis liber, an libertus sit, vel de partu agnoscendo.* La prima azione riguarda lo stato di libertà; la seconda quello della ingenuità; la terza quello della famiglia; *non utique quolibet, sed de iure filii:* Il Vinnio (1). Ed in queste tre specie intese ivi di abbracciarle tutte. *Hoc quoque intelligi potuit tres esse species harum actionum, quarum in prima*

(1) Vinn. ad §. 13. de act. n. 5.

quaeritur de libertate, vel servitute; servus ne sit quis alicuius vel liber: Secunda de ingenuitate, et libertinitate; an videlicet aliquis libertus sit alterius, an ingenuus. Tertia de familia, et potestate: an quis filius sit alterius, nec ne; Il Rittersusio (1).

Ma altrove era detto nelle leggi, che lo stato delle persone comprendea ancora quello della cittadinanza, e si estendea ad ogni diritto di famiglia. Lo stesso Giustiniano avea ciò espresso al titolo delle Instituta *de cap. min. in fine*. Ed il Giureconsulto Paolo nominatamente lo avea spiegato nella L. ult. D. de cap. min.; dove: *Tria enim sunt quae habemus, libertatem, civitatem, familiam.* Ed è perciò, che secondo i principii del diritto romano le cause pregiudiziali, riguardanti lo stato civile delle persone, a queste tre classi principalmente si riferivano. Dicesi principalmente, perchè sull' appoggio delle stesse leggi romane sostenevano i dottori una classificazione di secondo ordine di queste azioni, le quali se non direttamente, e tassativamente in quelle tre specie si ritrovavano, aveano però una dipendenza ed una stretta relazione con esse; onde per simiglianza, ed analogia venivano a supplirle. Restò dunque elevato in massima, che le azioni di stato strettamente prese, non eccedessero le tre sole

(1) Ritters. ad §. 13. Inst. de act.

designate sotto lo stretto rapporto della libertà, della cittadinanza, e della famiglia; ma che in senso più lato dovessero tali azioni ampliarsi, dividersi, e classificarsi in altre specie ancora. Chi disse, che le prime erano *dirette*, le seconde erano *utili:* Chi insegnò, che le prime riguardavano lo stato *primario* delle persone, e le seconde lo stato *secondario*: E chi in fine in altri modi si espresse, onde far comprendere, che quelle di secondo ordine accedeano alle prime, prendendo motivo, ed *occasione* da esse. E con questo metodo tutti vennero a fare di queste azioni di stato di secondo ordine un sistema particolare, ed una classificazione diversa.

Si cominciò dal dare la spiega allo stato di famiglia, che Giustiniano pose in terzo luogo, ed in accorcio adombrò sotto la quistione: *de agnoscendo partu*; e se ne aprì il senso, dilucidandolo, ed ampliandolo per via di esempii: *Hac actione agitur, vel inter maritum et uxorem, soluto per divortium matrimonio, si uxor marito denunciarit intra 30 dies post divortium, se ex eo gravidam esse, vel etiam inter mulierem, et avum, in cuius potestatem filius post mortem patris sui natus, recasurus est. Vel agitur hac actione inter ipsum patrem et filium; idque rursus dupliciter, ut scilicet, aut pater petat declarari hunc esse filium suum, cum is neget; aut filius pe-*

tat, se pronunciari filium eius, qui se patrem esse negat (1).

Poi si lavorò su tutto il triplice stato personale, e col metodo dinanzi espresso si veggono fissate le seguenti teorie.

L' Oldendorpio ritenne per *dirette* le tre azioni pregiudiziali, che nascevano ***ex verbis et mente Senatus, et Praetoris romani;*** ma soggiunse nel tempo stesso: *Ceterum posteriores iurisperiti, cum personarum conditionem successu temporis (sicut omnium rerum vicissitudo est) variatam viderent, et tamen eandem manere rationem; rectissime porrexerunt has actiones ad omnes personas, quae hodie quolibet iure aut consuetudine nobis subiectae sunt, et personaliter obsequiis obligatae. Hoc respectu censentur utiles, certe optima ratione, ut romanae leges nostro saeculo deserviant; sicut Graecorum instituta Romanis olim deservierunt.*

E dopo queste premesse, distinguendo qui fra azioni *dirette*, ed utili, prese a dire, che all' azione *diretta* di stato *libertatis* si adattava *l' utile* che compete: *Pricipibus, comitibus, nobilibus, ac ceteris dominis praediorum adversus rusticos, colonos, censitos, adscriptitios, originarios homines.* Ed alla terza azione diretta di stato *fami-*

(1) Rittershus: ad §. 13. Inst. de act. Vinn. ad dict. §. n. 5.

liae aggiugne la *utile ;* con la quale: *permittitur fratri adversus fratrem*, *et cognato adversus cognatum de iure familiae. Bartolus in L. sive contra* §. *1. D. de lib. agnosc. Et Ulpianus fecit mentionem huius controversiae in L. ubicunque* §. *1. D. de ventr. in possess. mitt. Nam porrigitur haec actio ad controversiam totius cognationis. Ut si quis adserat*, *vel negetur cognatus. Arg. L. 11. Cod. de lib. exhib. L. Imo D. eod., ubi interdictum de liberis introductum porrigitur ad uxorem* (1).

Il Gotifredo sotto il §. 13. Inst. de act. sulla terza azione di stato *de partu agnoscendo* notò così: *Hac quaeritur*, *an ex marito mulier praegnans sit L. 1. in fin. D. de lib. agnos. Adde interdictum de liberis exhibendis : vindicationem liberorum iure Quiritum adversus tertios L. 1.* §. *2. D. de rei vind. Actionem pro rebus piis L. 9. L. penult. D. de obseq. parent. et patron. Et alimentis parenti exhibendis L. 5. princ. D. de lib. agnosc. Et contra.*

Il Rittersusio, dopo aver comentato il testo di Giustiniano sul triplice oggetto delle azioni pregiudiziali, riconoscendo in esso le sole azioni dirette, ed attaccandovi l'idea delle altre azioni utili, di che la materia è capace, scrisse : *Nec vero plus sunt*

(1) Ved. Oldendorp. Class. 3. Act. 9.

directae quidem, quamvis utiles actiones praeiudiciales plures sint ..... Ut si disceptetur an aliqua sit vel fuerit uxor alterius. L. 3. §. et quid sit D. de agnosc. lib. ubi Bartolus annotat, etiam de iure agnationis et cognationis utile esse praeiudicium; *idque probat Oldendorpius Class. 3 Act. 9.*

Samuele Strichio: *Dividitur haec actio* (praeiudicialis) *in civilem et pretoriam §. 13. Inst. de act. Illa dicitur, quae de iure civili datur*; *et est quae principaliter de statu libertatis obtinet, et subdividitur in directam, quae ex Lege 12. tab. vel ex S. C. introducta reperitur, ubi quaeritur, utrum quis sit liber an servus, nec ne §. 13. Inst. de act. Quae ex interpretatione prudentum descendit, an aliquis sit rusticus adscriptitius, vassallus, originarius, emphyteuta, aut Tutor, pupillus, nec ne; ex qua fluit, quod aliqua potest esse confessoria, vel negatoria. Haec, sive praetoria vocatur, quam Praetor ex sua iurisdictione introduxit, uti est actio de iure patronatus L. final. D. si ingen. ess. dic.; de partu agnoscendo, seu familiae*; *vel matrimonialis; quae ultima tendit, vel ad matrimonium consumandum, vel ad cohabitandum, vel ad dissolvendum. Cit. L.* (1).

---

(1) Strich. tom. XI disput. 16. Cap. I.

Il Boemero, il quale su questa materia portò vedute più estese, si espresse nel seguente modo.

Distinse prima di tutto le azioni che nascono strettamente dallo stato, e quelle che possono competere *occasione status.* E poi marcò che i varii stati degli uomini o erano *primarii, qui et civiles vocantur... libertatis, civitatis, familiae*: o erano altri *extra hos status primarios...quoad sexum, humanitatem, aetatem, dignitatem ec. ec.* (1); sopra i quali stati disse che spesso poteano sorgere quistioni incidentali nei giudizii. E ritornando poi ai tre stati primarii di libertà, di cittadinanza e di famiglia, li presentò sotto questi aspetti.

Allo stato civile *libertatis* riferì tutte le così dette cause liberali, che confessò di essere ai tempi suoi ben rare, come già lo sono, per non ritrovarsi presso di noi lo stato di servitù, al senso che era conosciuto dal diritto romano. A queste cause liberali però venne ad assomigliare per sentimento del Berger, tutte quelle che riguardano lo stato Ecclesiastico, e lo stato Monacale, riguardata in tali stati la soggezione e la dipendenza, che in essi campeggia: *Similiter hanc actionem applicat Dn. Berger ad statum Ecclesiasticum, si de subiectione Ecclesiastica sermo incidat, cum etiam ab illa praeiudiciali quaestione infinitae aliae de-*

(1) Boehmer. de Act. Sect. II. Cap. I. §. n. 5.

pendeant. Ex eodem fundamento Dn. Berger pro statu Monachali quoque vindicando dat actionem tam adfirmativam, quam negativam. Più: l'azione pregiudiziale *inter dominum et vassallum.* E l'interdetto *de libero homine exhibendo.*

Allo stato di cittadinanza riportò la doppia azione affermativa e negativa: *adfirmativa, per quam quis statum civitatis certae, vel indigenatus sibi asserit: vel negativa, qua ille, qui se pro cive vel indigena gerit, et in huius iuris possessione est, cuius esse negatur, habetque haec vel illa locum, prout reus, vel in possessione iuris civitatis; aut indigenatus est, vel non est.* Parlò di coloro che si trovano esiliati: *ex delicto, quando quis in exilium deiectus etc.* (1).

Finalmente sul conto dello stato di famiglia più azioni pose in ordine, delle quali alcune col carattere di vere azioni di stato, altre come azioni competenti *occasione status.* Queste sono:

1. L'azione che riguarda *statum filiationis inter patrem et filium, vel quod illa in totum in dubium vocetur, vel quod de patria potestate tantum controversia moveatur.*

2. L'azione pregiudiziale *de agnoscendo partu,* la quale mentre da lui si riconosce simile all'azione *de filiatione*, pure si fa differire sotto il seguente rapporto: *Sed in eo haec a priore dif-*

(1) Boehm. Sect. II. Cap. I. §. XXI. in not.

fert, quod altera sit inter patrem et filium, altera vero inter patrem et matrem ipsius partus. Neque tantum inter parentes legitimos haec actio moveri potest, sed etiam, id quod hodie frequentius fit, inter illegitimos, veluti si stuprata contra stupratorem agit ad partum agnoscendum. Quod si concubitum adfirmat, sed se patrem ex aliis causis negat, interim ad alimenta tenetur. L. 5. §. 9. D. de agnos. lib. Fundat itaque se actrix in eo, quod ex reo susceperit partum. Hoc intuitu petit ut partum agnoscat, et alat.

3. Per conseguenza di questa seconda azione, l' altra azione alimentaria, nascente *ex aequitate et charitate sanguinis.*

4. L' interdetto *de liberis exhibendis, si forte a matre post divortium, vel separationem quoad thorum et mensam, vel ab avo detineatur. L. 1. §. 3. D. de liber. exhib.*

5. *Actio praeiudicialis inter coniuges de statu coniugali*, al che riferisce il giudizio di separazione, *quoad thorum et mensam,* in caso di sevizie, e maltrattamenti.

6. L' azione *ad matrimonium annullandum.*

7. *Propter potestatem dominicam, vel patriam* l'azione *de servo corrupto,* e l' utile azione *contra corruptorem filii* (1).

(1) Boehmer. dict. Sect. II. Cap. 1. §. 21. a 51.

Finalmente il Domat, dopo aver annunciato il triplice stato civile del dritto romano *libertatis, civitatis, familiae*; e dopo aver avvertito sul conto del primo di essi, che: *licet in maxima Europae parte servi non sint, iuvat tamen status huius naturae cognoscere*: viene a classificare i stati delle persone secondo il diritto francese e li distingue.

1. *Inter nobiles atque ignobiles. Nobilitas iis qui ad hanc classem spectant, varia tribuit privilegia exemptionesque, et capacitatem ad quaedam munera, a quibus ignobiles excluduntur.*

2. *Distinguuntur etiam in Gallia civitatum incolae, qui nonnullis fruuntur iuribus exemptionibus, ac privilegiis iuri civitatis annexis, cum adiuncta capacitate muneribus fungendi. Et homines ruris, locorumque obscurorum, qui huiusmodi privilegiis, atque exemptionibus minime gaudent.*

3. *Ex consuetudine in Galliarum regno distinguuntur liberi homines, ab iis; qui servi vel servilis conditionis sunt, quatenus supradictis consuetudinibus hi ultimi obligantur ad quasdam personales servitutes, quae spectant matrimonia, testamentum, successiones.*

4. Si incarica dei vassalli, e degli enfiteuti, ma soggiugne: *Qualitates vassalli, et emphyteutae non sunt propriae qualitates personales, sed vel ex*

domicilio, vel ex natura bonorum, quae possidentur, emanant.

5. Marca i regnicoli, e gli estranei: *Regnicolos approbant Galli qui Regis nati sunt subditi: extraneos autem qui subditi sunt alterius Principis. Atque extranei qui litteris Regiis non fuerant naturalizzati, incapaces fiunt in iis omnibus, quae ordinationes, et Gallicanae consuetudines moderantur.*

6. *Religiosi, qui professiones non emiserunt, sunt in alia specie civilis mortis voluntariae, in quam incidunt votorum causa. Vota enim eos incapaces reddunt matrimonii, ac cuiuscumque proprietatis temporalium bonorum, neque ac obligationum, quae exinde oriuntur.*

7. *Ecclesiastici ii sunt, qui ad cultus divini ministerium destinantur... Atque ex hoc statu, quo a laicis Ecclesiastici distinguuntur, oritur matrimonii incapacitas in iis, qui ordinibus sacris sunt addicti: aliae etiam incapacitates oriuntur, quoad commercium, quod Ecclesiasticis vetitum est. At eodem tempore Ecclesiastici, eo ipso quod Ecclesiastici sunt, privilegiis, atque exemptionibus gaudent, quos Canones, Constitutiones et Consuetudo illis concepere.*

8. Finalmente sul conto dello stato personale annovera le Communità chiesastiche, e laiche: *quae simul Principis auctoritate collectae corpus constituunt... Haec porro corpora, et Com-*

munitates, cuiusmodi sunt capitula, universitates, monasteria, aliaeque domus religiosae, corpora civitatum, artium, et similia, eo fine constituta sunt, ut societates utiles efforment, vel Religioni, vel Politicae, et personarum vice funguntur, quae si propria habent bona, iura ac privilegia ec. (1).

Ognun vede, che questo ultimo insigne Scrittore nelle dotte sue distinzioni ha in oggetto principalmente lo stato di cittadinanza; ma non guardato a rigore nei puri e stretti termini di *ius civitatis*. Egli prende la cosa in senso più esteso, e va a quella classificazione di secondo ordine, che già prima dai Dottori era stata avvertita. Parlasi da lui di onorificenza, di condizioni di uomini nella società, e di altre qualità, che mentre fanno distinguere le persone, portano una variazione, ed una modifica al loro stato civile. Le azioni dunque che tendono a sostenere coteste cose, riescono *azioni utili-secondarie occasione status*.

Queste sono le teorie, che secondo il gius civile romano, e secondo le scuole dei classici Dottori regolavano la materia pria che venissero ad imperare le attuali nostre leggi civili. Ora con la guida di coteste teorie si può ora facilmente discendere a tracciare le azioni tutte pregiudiziali,

(1) Domat. lib. prelimin. tit. II. Sect. III. n. 15.

sia di primo, sia di secondo ordine, che si trovano uniformi ai principii delle attuali nostre leggi civili.

Sezione 3.

Delle varie specie delle azioni di stato secondo le attuali leggi civili.

Per le nostre attuali leggi civili le quistioni di stato vanno già ridotte a due, cioè a quelle che riguardano lo stato della cittadinanza, e a quelle che riguardano lo stato della famiglia; mentre lo stato della libertà disparve da gran tempo, essendo mancato il contraposto nello stato di servitù. Nè oggi conosciamo noi le azioni di stato di secondo ordine sul conto della libertà, perchè non abbiamo *i rustici*, *i coloni*, *gli ascrittizii*, e *gli originarii*, menzionati dall'Oldendorpio, e da Samuele Strichio. Ed è svanita anche presso di noi la idea dei *vassalli* con i dritti personali, che sopra di essi esercitavano i Baroni, dopo la pubblicazione della legge eversiva della feudalità.

Noi dunque abbiamo due soli stati, cioè quello della cittadinanza, e quello della famiglia; e secondo le attuali nostre leggi civili possiamo ravvisare in questi due stati le azioni di primo ordine, che competono, e quelle di secondo ordine, giusta l'in-

segnamento dei dottori di sopra rapportati. Andiamo a vederlo; cominciando prima dalle strette azioni di stato, che sono di primo ordine sul conto della cittadinanza.

1. Viene qui in oggetto in primo luogo la dichiarazione della nazionalità, per l'esercizio dei diritti civili, e politici, di che si tratta nelle leggi civili dall'art. 9 a 35. Allorchè cotesta nazionalità è contrastata, o è pretesa, può essa sostenersi in giudizio con l'azione di stato di cittadinanza: e rimanendo legalmente dichiarata, conduce a quegli effetti che dalla legge sono indicati. Al nazionale certamente appartiene l'esercizio dei diritti civili, e politici (1): o che egli sia tale per ragion di nascita, o che tale divenga per gli modi espressi negli articoli 11, 13, 14, 21, leggi civili. Gli stranieri hanno nel regno l'esercizio di quei diritti civili, che la nazione cui essi appartengono accorda ai nazionali, salve le eccezioni nascenti da transazioni diplomatiche: ed oltre a ciò esercitano anche i diritti civili, quando il governo li abbia ammessi a stabilire il loro domicilio nel regno (2). Per assodare dunque tali diritti, che possono competere agli stranieri, non altra azione si presenta, se non che quella di stato di cittadinanza. Gli stranieri altronde con la stessa azione possono esser esclusi

(1) Art. 9 Leggi Civili.

(2) Art. 9 n. 1. 2. Leg. Civ.

dal godimento dei beneficii ecclesiastici, e dal poter fare da testimonii nei testamenti (1). Più: essi non possono istituire giudizii nel regno, senza dar prima cauzione pel pagamento delle spese, e dei danni ed interessi, forse risultanti dalla lite, ai termini dell' articolo 17 leggi civili (2).

(1) Art. 19. 906 Leg. Civ.

(2) Questo vale sicuramente nei giudizii civili. *Quid* nelle cause penali? La nostra Corte Suprema di giustizia sedente in Napoli ha deciso per la negativa con arresto del dì 30 settembre 1831, nella causa fra D. Luigi Mira regnicolo, e D. Angiola Romagnoli di Cesena. Con questo arresto si è rigettato il ricorso prodotto dal Mira avverso la sentenza del Regio Giudice quartiere Avvocata, con la quale erasi rigettata l'eccezione, da lui dedotta di doversi dar cauzione dall'estera signora Romagnoli. Ecco il tenore dell' arresto.

» Attesochè sul primo, e quarto mezzo, riguardo alla » persona della signora Romagnoli, come straniera, la » necessità di doversi dar cauzione dallo straniero in un » giudizio penale, per potersi costituir parte civile, ed » ottenere i danni ed interessi accagionati con un reato, » si vuol ricavare unicamente dalla disposizione dell'ar» ticolo 17 Leggi Civili.

» Attesochè le Leggi Civili risguardano le materie ci» vili; ed il rito relativo all' esercizio dei diritti civili, » nascenti dalle materie civili, è registrato nelle Leggi » di procedura civile.

» Attesochè le Leggi penali risguardano le materie pe» nali, ed il rito relativo all'esercizio de'diritti nascenti

2. Con l'azione di stato di cittadinanza si ottiene ancora, e si sostiene, quando occorre, la dichiarazione della legittima esistenza dei corpi mo-

---

» dalle materie penali è registrato nelle Leggi di pro-
» cedura penale.

» Attesochè le Leggi civili e della procedura civile son
» differenti tanto dalle Leggi penali, e dalla procedura pe-
» nale., quanto differentissime sono le materie civili dalle
» penali.

» Attesochè le Leggi penali e quelle di procedura pe-
» nale non regolano l'esercizio dei diritti in materia civile;
» così le Leggi civili e quelle di procedura civile non
». possono regolare l'esercizio dei diritti in materia penale.

» Attesochè se le Leggi civili e della procedura civile
» dirigono talora, ed impongono l'applicazione delle Leggi
» penali e della procedura penale, e se queste leggi talo-
» ra prescrivono l'applicazione delle Leggi civili, sicco-
» me questo reciproco armonioso soccorso si osserva in po-
» chi determinati casi, così la particolarità delle eccezio-
» ni conferma la generalità della regola.

» Attesochè non vale a diroccar questo principio rego-
» latore della interpetrazione delle Leggi, il vedersi col-
» locato l'art. 17 delle Leggi civili sotto un titolo gene-
» rale relativo al godimento dei diritti civili, poichè tut-
» te le parole contenute in quell'articolo, o ponderate
» in se stesso, o cumulativamente cogli articoli anteceden-
» ti, e susseguenti, non sono riferibili, che a materie
» civili.

» Attesochè a sostenere l'assunto contrario nemmen gio-
» va il dirsi che sebbene ogni reato produca due azioni,

*

rali, onde siano essi a parte del godimento dei diritti civili. *Le chiese, i comuni, le corporazioni, e tutte le società autorizzate dal Gover-*

» una essenzialmente penale ed esclusivamente appartenente al P. M. in linea penale, l' altra civile appartenente al danneggiato, ed esercibile, o nella stessa via penale, o in via civile, dopo esaurito il giudizio penale, nondimeno l' azione civile non lascia mai esser tale in qualunque linea si eserciti, e perciò non cessando mai l' azion civile, si trova letteralmente compresa come materia civile sotto la disposizione dell' art. 17 delle Leggi civili. Contra questo specioso argomento è da osservarsi che il rito, col quale si esercita l' azion civile, è ben diverso dal rito, col quale si esercita la stessa azion civile nel giudizio penale. Nel primo caso giustamente, la legge richiede la cauzione dallo straniero, il quale, col carattere di parte civile, volesse chiedere in via civile i danni, ed interessi: Non prescrisse però lo stesso, e con ragione, nel caso di sperimentarsi l' azion civile in via penale. Le nostre leggi di procedura penale, dopo avere nei primi cinque articoli fissate le due azioni nascenti dal reato, nell' articolo 136 espressamente prescrivono, che i giudizii penali debbonsi trattare secondo le dette Leggi, e con le forme in esse stabilite. Tale espressione letterale importa, che volendo un danneggiato esercitare, col carattere di parte civile, l' azion civile nel giudizio penale, quest' azione dee esercitarsi nel modo stabilito nelle leggi di procedura penale. Ma per gli articoli 33 e 35 di tali leggi ogni offeso può querelare, ed ogni

no si considerano moralmente come altrettante persone. Godono dell' esercizio dei diritti civili

---

» querelante può costituirsi parte civile, senza dar cau-
» zione: Dunque lo stesso dee praticarsi per lo stranie-
» ro, che voglia costituirsi parte civile in giudizio pe-
» nale, e sperimentar quivi l' azion civile pei danni ed
» interessi.

» Attesochè molto meno è attendibile la osservazione, che
» se nelle materie civili, riguardanti interessi civili, lo
» straniero non è ammesso ad istituire azione civile senza
» cauzione, per maggior ragione dovrebbe lo straniero esser
» sottoposto a cauzione, ove voglia sperimentare l'azione
» civile in un giudizio penale, dove trattasi di danni più
» gravi, di libertà, di vita: Poichè nei giudizii penali
» l'azione penale è promossa, proseguita, e finalizzata dal
» P. M., e se in taluni giudizii correzionali la iniziatura
» si somministra dal danneggiato, sempre il M. P. ne re-
» gola il corso, e la parte civile non vi è considerata,
» che come parte aggiunta.

» Attesochè dello stesso calibro si è l' argomento tratto
» dalla regola di reciprocanza, inculcata nell' art. 9 n. 1.
» delle leggi civili, e non è richiamato in vigore in al-
» cun articolo delle leggi penali, perchè si dovrebbe dar
» luogo allo sconcio scandaloso di adottarsi anche l' ac-
» cusa, e le pene straniere; perchè infine lo stesso no-
» stro Magnanimo Legislatore, dirigendo la legge sull'al-
» binaggio, nell' art. 647. Leggi civili, volle seguir piut-
» tosto le regole di giustizia, che quelle della politica.

» Per tali considerazioni.

» Rigetta il ricorso.

secondo le leggi veglianti (1). Ogni associazione che si organizza per qualche oggetto sotto certe leggi: ogni stabilimento pubblico o privato che riceve autorizzazione dal Governo, diviene un corpo morale cioè una *persona mistica*, al dir del Bojero (2); la quale si rende capace dell' esercizio dei diritti civili, a seconda delle leggi fondamentali della sua instituzione. Ma questa *persona mistica*, che ha parte attiva e passiva nella società, dee legalmente esistere; e quindi in caso di contraddizione ogni azion che si deduce, o per sostenerla, o per abbatterla, riesce per le nostre leggi civili mera azione di stato *civitatis*, perchè o aggiugne, o toglie dalla città una persona.

3. Con questa azione di stato si animano egualmente le azioni con le quali o si sostengono, o si combattono in giudizio gli atti tutti dello stato civile per la loro legalità, e per la loro fermezza; come anche le azioni che riguardano tutti i giudizii di rettificazione degli atti dello stato civile, di che parlasi nelle LL. CC. articolo 104, e seguenti. Lo stato civile degli uomini diverso dallo stato naturale, si divide in pubblico e privato, e sotto questo doppio rapporto viene esso a costituire il cittadino, capace dell' esercizio dei diritti civili e politici. La legge addita tre stati,

(1) Art. 10 LL. Civ.

(2) Bojer. de Colleg. Opif. Cap. 13.

nascita, matrimonio, morte (1); e col mezzo di essi si diviene cittadino, o si cessa di esserlo. Ora vi può esser luogo a sostenere in giudizio, o a combattere la legalità e la fermezza di tali stati, spiegandosi azione *negatoria*, o *confessoria*, al dir di Boemero, che assomiglia tutte le azioni di stato a quelle che competono nelle servitù. Più; se nello stabilire cotesti stati si erri, e siavi luogo a chiederne in giudizio la rettificazione, l' azione che si spiega così nel primo, che nel secondo caso, risulta certamente azione di stato; mentre tende o a confermare, o a distruggere lo stato civile delle persone.

4. La dichiarazione, e gli offetti dell' assenza anche si animano in giudizio con l' azione di stato. Le nostre leggi civili sul conto dell'assenza riempiono un voto, che prima vi era nella giurisprudenza, e tolta ogni incertezza impediscono, che vi sia più arbitrio nel giudicare. L' assenza di un cittadino si avea prima per uno degli avvenimenti straordinarii, e le leggi appena s'interessavano di provvedervi. Ora la materia è trattata partitamente, ed abbraccia tre oggetti: 1. la presunzione dell' assenza: 2. la dichiarazione: 3. gli effetti di essa (2). Il principio, che da per tutto campeggia si è, che l' assente è con-

(1) LL. Civ. Cap. 2. 3. 4. tit. 2. sez. 12. lib. 1.

(2) Art. 117 a 144 LL. Civ.

siderato nè vivo nè morto. Egli dunque in questo stato interrompe sul suo conto l'esercizio dei diritti civili e politici: e queste cose non possono venire in oggetto, che nell' azione di stato di cittadinanza. Dichiarata poi l'assenza, restano perfettamente sospesi cotesti diritti, e la persona assente non si conta più fra i cittadini, perde il possesso dei beni, e non ha persona a rappresentare in giudizio, (1) La legge provvede ai beni che l' assente possedea al tempo del suo allontanamento, ed ai diritti eventuali che possono sopravvenirgli (2). Ma sempre tiene in principio, che egli non sia più fra i cittadini, e che non abbia persona nella società. La quistione adunque diretta a conoscere, se un cittadino sia assente sotto gl' indicati rapporti, nel senso della legge, che ora dell' assenza parla, ed in tanti modi vi provvede, è una quistione di stato; e l'azione quindi che l' accompagna in giudizio, risulta azione di stato *civitatis*.

5. Eziandio con l'azione di stato *civitatis* si regolano i giudizii, che portano a far dichiarare la privazione dei diritti civili in tutto, o in parte, per la perdita della qualità di nazionale, o in conseguenza di condanne giudiziali (3). In quanto alla perdita della qualità di nazionale, quattro

(1) Art. 140 LL. Civ.

(2) Art. 142 e seg. LL. Civ.

(3) Art. 20 e seg. 26 e seg. LL. Civ.

sono i fatti, dai quali la legge fa nascere la prova dell' abdicazione della patria, cioè 1. la naturalizzazione in paese straniero: 2. l' accettazione non autorizzata dal governo di pubblici impieghi conferiti da un governo straniero: 3. qualunque stabilimento, tranne quelli soltanto di commercio eretto in paese straniero, con animo di non più ritornare: 4. il servizio militare, o l' aggregazione a corporazion militare di potenza estera, senza autorizzazione del proprio governo. Ogni qualvolta adunque sotto cotesti rapporti si esamina in giudizio la condotta di un nazionale, per farlo dichiarar decaduto da questa sua qualità, viene ad animarsi una mera azion di stato.

In quanto poi alle condanne giudiziali, la legge pei delitti correzionali dichiara, che non mai s'incorre *ipso iure* nella perdita dei diritti civili, ma che si richiegga una espressa pronunciazione del giudice (1). Per gli misfatti poi sovente la legge fa nascere la perdita dei diritti civili dal solo fatto criminoso, dichiarato dal giudice (2). E non manca la legge stessa dal promuovere una riabilitazione dei condannati, nei casi che si espongono nell' art. 623 e seguenti della procedura penale. Ora allorchè su queste cose po-

(1) Art. 27 28 LL. penali.
(2) Art. 16 17 18 LL. penali.

ste in dubbio venga a nascere una contestazione, l' azione che è in campo, o a sostenere, o a contrastare, così la perdita dei diritti civili, come la riabilitazione in essi, riesce certamente pura, e stretta azione di stato.

Fin qui le azioni, che riguardano lo stato di cittadinanza, che sarebbero di primo ordine, all'avviso dei Dottori di sopra rapportati. Ma noi abbiamo ancora queste azioni di stato di secondo ordine, le quali cioè prendono occasione dalle vere cause di stato, e vi hanno un' intimo rapporto. Tali azioni possono ridursi ai seguenti oggetti.

I. Alla tutela, in quanto alla nomina del tutore, alle cause che dispensano dalla tutela, ed alle cause di esclusione, o rimozione dei tutori (1). La tutela è definita *munus publicum* (2): e questo pubblico impiego, se si considera in faccia al tutore, suppone un cittadino (3), che come tale è obbligato ad esercitarlo, se si considera in faccia al minore, si vede, che a costui anche come cittadino compete il diritto, di obbligare il suo concittadino, a difenderlo e dargli ajuto. Tutto dunque ha rapporto ai diritti di cittadinanza. Il

(1) Art. 326 e seguenti. LL. Civ.
Art. 349 e seguenti. LL. Civ.
Art. 364 e seguenti LL. Civ.

(2) Prin. Inst. de excus. tutor.

(3) Art. 319 352 354. LL. Civ.

tutore, mentre ha un peso personale (1), esercita anche dei diritti sulla persona del minore, potendo fin reclamare la sua reclusione (2): e questi diritti non ad altri, che ad un cittadino tutore sono accordati. Il tutore poi non può avere esenzione, che per giuste cause (3); mentre i pesi pubblici si debbono tolerare, e non possono schivarsi dai cittadini. E quando egli mal versa, e non adempie ai suoi doveri, può esser rimosso dalla tutela (4). Ogni giudizio dunque che si anima, sia sulla costituzion del tutore, sia sulla sua condotta, e sulla rimozione di esso, non con altra azione viene animato, se non con quella che ha rapporto allo stato di cittadinanza. E se ha motivi legittimi un cittadino, per esentarsi dal peso della tutela, anche dee produrli e sperimentarli con l'azione di stato *civitatis*. Ved. l'art 364. LL. Civ.

2. In secondo luogo si presenta il giudizio sulla interdizione per causa di imbecillità, di demenza, o di furore. L'uomo che ha la sventura di vedersi ridotto ad un tale stato, resta interdetto dall'amministrazione dei suoi beni, e paragonato al minore, per ciò che riguarda i suoi beni, e la sua perso-

(1 Art. 341 LL. CC.
(2) Art. 391 LL. CC.
(3) Art. 349 e seg. LL. CC.
(4) Art. 367 LL. CC.

na (1). Gli atti fatti posteriormente alla interdizione già dichiarata, senza l'assistenza del consulente giudiziario, sono essenzialmente nulli. E gli atti anteriori possono essere annullati, quando la causa della interdizione fosse stata allora già notoria (2). Per tutte queste cause adunque di annullamento di atti, e per far dichiarare la interdzione, si agisce con azione che ha rapporto allo stato della persona nella società; mentre questa degrada, e resta priva del libero ed assoluto esercizio dei suoi diritti civili. A buon conto l'azione riesce azione di stato di secondo ordine.

3. In terzo luogo viene la dichiarazione o il cangiamento del domicilio (3). Egli è vero che il domicilio serve ad assicurare il foro ed a regolare la giurisdizioue; ma esso ha ancora un'altro oggetto, che è riposto nella capacità a ricevere, ed esercitare pubblici impieghi. Lo han dimostrato i dotti uomini, che si citano dall' Illigero presso il Donello; anzi secondo il parere di costoro, precede l' oggetto che riguarda l' esercizio delle cariche pubbliche. *Verum huius (domicilii) effectus in munerum civilium delatione, ac iniunctione, non in foro sortiendo, vel iu-*

(1) Art. 412 432 LL. Civ.
(2) Art. 425 426.
(3) Art. 107 seg. LL Civ.

risdictione subeunda (1). E lo stesso è spiegato nell' art. 107 LL. Civ. La dichiarazione dunque del domicilio, o il suo cangiamento, può menare a conseguenza di capacità o di incapacità dei pubblici impieghi; lo che certamente ha rapporto allo stato civile delle persone. E quindi l'azione che in questi casi ha luogo, riesce azione di stato. Ella però non è azion di stato primaria, ma di secondo ordine, perchè non fissa veramente lo stato civile delle persone, ma sorge ad occasion dello stato, col quale ha un intimo rapporto. La vera quistione di stato è quella, che si riferisce alla nazionalità, come abbiam veduto di sopra. Per dritto romano l' azion pregiudiziale *status civitatis* riguardava *cives romanos*, cioè quelli che erano *in orbe romano* (2). A cotesti cittadini corrispondono ora i nazionali, espressi nelle leggi civili. Il cittadino al senso di queste leggi, è fra i nazionali colui che stabilisce il suo domicilio in un luogo del regno, dove si rende capace dell'esercizio dei diritti civili (3). E le voci di domicilio, e di cittadino sotto questi rapporti si fanno corrispondere anche nell' art. 111. ed in altri luoghi. Dunque sta, che l' azione tendente alla di-

(1) Hillig. ad Donel. lib. 17. cap. 12. n. 3.

(2) L. de orbe D. de stat. hom. §. ult. inst. de libert. in fin. Ved. Boehmer. Sect. 11. cap. 1. §. 21.

(3) Art. 107 LL. Civ.

chiarazione, o al cangiamento del domicilio, sia azione di stato di secondo ordine.

4. Sieguono le dichiarazioni giudiziali che posono aver luogo sulla minore età, in ordine alla capacità di contrattare, di stare in giudizio, e di esercitare pubbliche cariche. Il giureconsulto Marcello nella L. 43 D. de minor. elevò in massima, che le cause con le quali si fa la prova della età sono pregiudiziali: *et aliis causis praeiudicatur*; nel che viene già indicata la principale caratteristica delle cause di stato. Del resto è ben chiaro che i minori presentano nella società uno stato non perfetto, per l'esercizio dei diritti civili; che in alcune cose li degrada, e per altre accorda loro dei privilegii. Se è minore di anni 9 egli non porta imputabilità nei delitti; e fino alla età di anni 14 vi è soggetto soltanto, quando abbia agito con discernimento; finalmente prima degli anni 18 non è soggetto alla pena di morte, tranne il solo caso del parricidio, commesso dopo l'anno sedicesimo (1). I minori poi degli anni 21 sono rappresentati in tutti gli atti civili dai loro tutori (2): e non entrano nel libero esercizio di cotesti diritti, che al tempo quando diventano maggiori degli anni 25 compiuti (3). Pel

(1) Art. 64. LL. penal. art. 66. detti leggi.
(2) Art. 373 LL. Civ.
(3) Art. 411 LL. Civ.

matrimonio, e per gli atti, indicati nell'art. 295 sono soggetti alla patria potestà (1). E soltanto quando il minore sia stato emancipato ha la libera amministrazione dei suoi beni (2); ma non può senza l' assistenza del curatore eseguire gli atti, che sono tassativamente indicati nell' art. 406 e seguenti LL. Civ. Il minore di anni 12, se è donna, e di anni 15, se è uomo, non può contrarre matrimonio (3). I minori di anni 14 non possono prestar giuramento (4); e cose simili. Allorchè dunque sotto questi rapporti si contende in giudizio, o per la nullità degli atti dei minori, o a prò loro per gli privilegii che hanno, l' azione che campeggia è certamente azione relativa allo stato di cittadinanza, che tante modifiche, e tante eccezioni ritrova nelle persone dei minori.

5. Per le nostre attuali leggi civili art. 639 è stabilito, che: *la successione per condanna portante la privazione dei diritti civili, è aperta dal momento in cui questa viene inflitta, in conformità delle disposizioni della sezione II del capitolo II della privazione dei diritti civili. Lib. I. titolo I.* Noi abbiamo già osservato di sopra, che le azioni le quali si animano per fare dichiarare la pri-

(1) Art. 163 295. LL. Civ.
(2) Art. 404 dette LL.
(3) Art. 152 dette LL.
(4) Art. 247 proced. pen.

vazione dei diritti civili, in conseguenza di condanne giudiziali, ai termini degli artic. 26, e seguenti LL. Civ., sono mere azioni di stato. Ora nel caso che ai termini di questo articolo 639, si apra già la successione di colui, che meritò la condanna, portante la privazione di tali diritti, nascer può la disputa, se vi sia, o pur no diritto a raccoglierla a favor di coloro, che per legge vi sono chiamati. È detto che una simil condanna, fatta in contumacia, non diviene irrevocabile, che allo spirare dei cinque anni, dal giorno in cui fu pubblicata (1); e quindi in tale epoca solamente la successione al condannato può intendersi aperta. Pria di tal termine il condannato non resta privato, ma soltanto sospeso dall' esercizio dei diritti civili: egli in questo stato conserva i suoi beni, ma non ne gode; concorre alle successioni che si aprono in suo favore, ma non può farne sperimento, essendo egli nell'atto paragonato agli assenti; e cose simili. Ora tutte le contestazioni, che su questi varii oggetti possono elevarsi in giudizio, non da altre azioni vengono sostenute, che da quelle, che han rapporto allo stato civile della persona condannata.

Noi non siamo qui a mera, e pura azion di stato, come nel caso quando il giudizio si fa col condannato: ma siamo ad un giudizio, che può aver luogo sul

(1) Art. 30 32.

conto dei suoi successibili. Nel primo caso vi è vera quistione di stato, perchè si ha in oggetto la persona del condannato, che si pretende decaduto dai diritti civili; e quindi non più cittadino. Nel secondo la quistione ha rapporto allo stato, perchè riguarda i successibili del condannato, i quali prendendo occasione dal suo stato civile al tempo della sua morte naturale, danno con ciò fondamento alla loro azione.

6. Anche le azioni che tendono a far ricusare i giudici (1) sono azioni di stato di secondo ordine; intendendosi per lo stato di cittadinanza. Certamente quest' azione non è reale, non è neanche personale, perchè non attacca la persona per obblighi personali, ma attacca l' ufizio che dalla persona si esercita, e tende a smontare momentaneamente, e per la specie un giudice dalla sede che occupa. A buon conto il giudice con questa azione è degradato, e viene impedito per lo momento ad esercitare i diritti annessi alla sua carica. Essa dunque ha rapporto allo stato civile per l' esercizio dei diritti politici; e quindi in ragion subordinata, e dipendente è una azione di stato *civitatis*.

7. Nell' art. 948 LL. Civ. si fa menzione, ad occasion dei majoraschi, di individui iscritti *nel*

(1) Ved. art. 470, e seguenti proced. Civ.

libro d' oro, ed in altri registri di nobiltà, come anche di coloro che sono nel possesso di titoli per legittima concessione loro fattane. Allorchè dunque, o per ragione dei majoraschi, o per altre cause, di cotesti gradi di nobiltà e di cotesti titoli si contenda, e ne sorga una contestazione, questa certamente viene animata con azione di stato *civitatis*, non di primo ordine, perchè non definisce il cittadino, ma di secondo ordine, perchè supponendolo tale, lo qualifica, e lo fa distinguere dagli altri nella città. *Nobilitas nihil aliud est, quam excellentia generis a dignitate maiorum ad posteros propagata*: Ulrico Ubero (1), il quale spiegando più questa materia soggiugne. *Novi homines qui meritis virtutum, aut favore Principum ad maiorem dignitatem, evehuntur, iure quidem nobilitatis gaudere possunt, non sunt tamen proprie nobiles, quos dicimus: posteros eorum maxime nobiles salutamus. Originaria caûsa nobilitatis est potestas, et voluntas summae potestatis, quae in Monarchiis diplomatibus Principum exercetur.* Di questa nobiltà originaria intende parlare il Perezio allorchè dice: *Tanta est autem vis nobilitatis, ut cum homine non intereat, sed quaesita a maioribus in posteros etiam transmit-*

(1) Huber. ad Pandect. de Stat. hom. n. 8.

tatur; non vero abeat in transversales, vel consanguineos, non ex materno genere, non ex illegitimo thoro natos: nisi rescripto Principis iuventur, aut moribus regionum. DD. in L. 219. D. de verb. signif. Mastril. lib. 4 de magistr. Cap. 10. n. 14, ubi dicit, nobilitatem transmitti ad transversales, et extraneos heredes, si concessio sit realis, cohaerens loco (1).

A buon conto in tutte le cause che possono agitarsi sul conto della nobiltà, sia per sostenerla sia per contrastarla, o come non conveniente, o come estinta, le azioni di loro natura sono azioni *causa status civitatis.* Certamente sotto questo aspetto di azione di stato, trattò la causa il Senato di Savoia presso il Fabro: *An sententia de nobilitate lata ab uno magistratu pariat exceptionem rei iudicatae coram alio magistratu, et contra tertium* (2).

8. La condizione di Ecclesiastico, o di Monaco anche qualifica le persone nella società, e le fa distinguere fra i concittadini. E quindi ogni azione, che a sostenere, o a combattere questa qualità sia diretta per gli effetti civili e politici, riesce azione di stato di cittadinanza di secondo ordine. La qualità di Ecclesiastico costituisce un'impedi-

(1) Perez. ad Cod. de dignit. n. 29.

(2) Fabr. ad Cod. de re iudic. defin. VII.

*

mento dirimente al matrimonio (1); e rende la persona incapace a trar profitto dalle disposizioni tra vivi o per testamento fatte in suo favore da chi, durante il tempo della malattia, è stato da essa assistito con la qualità di Ecclesiastico (2). I monaci professi dopo la emissione dei loro voti, sono incapaci a succedere, sia per testamento, sia *ab intestato. Ex hoc etiam statu plura diversa iura, tam inter vivos, quam mortis causa dependent.* Il Boemero (3).

9 I pubblici funzionarii hanno dei privilegii e delle obbligazioni annesse alla loro carica, che danno anche loro una qualità per ragion dell' ufizio, che li distingue fra i concittadini. Vi è la esenzione dalla tutela accordata alle persone indicate negli art. 349. e 364. LL. civ. E vi sono altri loro privilegii negli art. 549. e 555. proced. penal.

10. La condizione della donna maritata porta con essa un cangiamento di stato, passando sotto la dipendenza del marito (4). Essa diviene incapace a fare, senza l' autorizzazione del suo marito, la più parte degli atti civili: *capite minuitur*, come dice un' ottimo Scrittore. E la sua incapacità è pro-

(1) Art. 162. LL. civ.
(2) Art. 825. LL. civ.
(3) Boehmer. Sect. 2. Cap. 1. §. 13 in not.
(4) Art. 202. LL. Civ.

nunziata in parecchi luoghi delle leggi civili (1).

11. La professione di alcune scienze, e di alcune arti anche fa distinguere fra i concittadini le persone, che vi sono addette, per l'esercizio attivo, e passivo dei diritti civili. L'avvocato è inabilitato a profittare di quella disposizione tra vivi, o testamentaria, che sia stata da lui stesso diretta. I medici, ed i chirurgi sono proibiti a trar profitto dalle disposizioni tra vivi, o testamentarie fatte a loro favore da una persona che essi abbian curata nel corso della malattia, della quale sia morta. Lo stesso per gli uffiziali di Sanità, e per gli speziali (2). Più: nei testamenti per atto pubblico non si ammettono per testimoni gli aiutanti dei Notai, dai quali i testamenti si ricevono (3).

12. Finalmente i militari in attività di servizio, per la loro condizione godono dei privilegii, e delle esenzioni, che li fanno distinguere dai pagani. Sono dispensati dalla tutela (4), ed hanno una forma particolare di testamento (5).

Ora allorchè sullo stato di Ecclesiastico o di Monaco si contenda, o sulle condizioni, o sulle pro-

(1) Art. 204 a 215. 858. 1368. 1369. 1389 1397. LL. Civili.

(2) Art 825 e 901. LL. civ.

(3) Art. 901. LL. civ.

(4) Art. 350 LL. civ.

(5) Art. 904 a 910. LL. civ.

fessioni suddette s' innalzi una contestazione in giudizio, l'azione con cui essa è animata, per le già additate ragioni, diviene una azion di stato *civitatis* di secondo ordine.

Fin qui delle azioni di stato sul conto della cittadinanza. In quanto poi allo stato di famiglia, queste azioni anche si presentano in doppio aspetto, tenendo dietro alle disposizioni delle nostre attuali leggi civili. Vi sono le azioni di primo, e quelle di secondo ordine. Sul conto delle prime si presentano:

1. Le azioni che riguardano i giudizii sulla paternità, e sulla filiazione, di che si tratta nell'art. 234. e seguenti LL. civ. Quì due quistioni sulla filiazione possono sorgere, al dir del Boemero: *vel quod illa in totum negetur, vel quod de patria potestate tantum controversia moveatur* (1). Ma la prima è vera quistion di stato di primo ordine; la seconda è azione che riguarda lo stato, e al dire di lui stesso, sorge *occasione status*. Riguardata dunque la prima, essa è azione *negatoria*, o *confessoria*; affermativa, o negativa; e l'una e l'altra può stare, così dalla parte del padre, che dalla parte del figlio. Il figlio nato in costanza del matrimonio ha per padre il marito (2). Il padre

(1) Boehmer, sect. 2. cap. 1. §. 22.
(2) Art. 134. LL. civ.

però può impugnare la legittimità del figlio, ma in soli tre casi, dei quali due son fondati sulla sua impossibilità fisica; ed il terzo sulla sua impossibilità morale (1). Il figlio può reclamare, e provare la qualità di prole legittima, giusta gli articoli 190 e 191, non che gli articoli 241 e seguenti LL. civili; e può ricorrere anche al disposto nell'art. 190 delle dette leggi. In quanto alla maternità, il figlio ha il diritto a farne la indagine, riuscendo sempre certa la madre, quando dalla prova risulti che essa l'abbia partorito (2). Le cause adunque che si animano su questi oggetti, presentano un'esercizio di azione di famiglia.

2. Le azioni che riguardano i giudizii sopra i figli naturali, per la loro legittimazione, o pel loro riconoscimento, ai termini di ciò che è disposto dall'art. 253 a 265 LL. civili. *I figli legittimati col seguente matrimonio avranno gli stessi diritti, come se fossero nati da questo matrimonio* (3). E ciò corrisponde a quello che è espressamente sanzionato dai sacri Canoni: *Tanta est vis matrimonii, ut qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur* (4). Ma le nostre leggi civili, art. 253 esigono una cosa di più, cioè

(1) Art. 234. a 236. LL. civ.
(2) Art. 264. LL. civ.
(3) Art. 255. LL. civ.
(4) Cap. 6. extr. qui fil. sint legit.

l'autentico riconoscimento in questo caso fatto dai genitori, o prima, o nell'atto stesso della celebrazione del matrimonio. Fuori poi del susseguente matrimonio, i figli naturali possono essere semplicemente riconosciuti; ed allora, comechè essi non si uguaglino perfettamente ai figli legittimi (1), hanno però dei diritti che la legge particolarmente loro attribuisce. E si può dire che questo riconoscimento introduce una specie di legittimazione. Vi sono intanto delle regole stabilite, con le quali questa ricognizione fuori del susseguente matrimonio debba legalmente farsi. Ciò posto, tutte le azioni che competono, onde sostenere, o impugnare la ricognizione dei figli naturali fuori del susseguente matrimonio, come anche per attaccare la validità della legittimazione fatta col susseguente matrimonio, riescono mere azioni di stato di famiglia.

5. In terzo luogo si offrono qui le cause che possono aver luogo circa le adozioni, di che parlasi nelle leggi civili art. 266, e seguenti. È conosciuto che l'adozione sia un modo da acquistare la patria potestà; onde Giustiniano ne parlò nelle Istituta dopo aver trattato delle nozze, e della legittimazione. *Non solum autem naturales liberi in potestate nostra sunt; verum etiam ii, quos adoptamus* (2). Nella adozione si imita la

(1) Art. 261. LL. Civ.

(2) Princ. Inst. de adopt.

natura, innestandosi civilmente alla famiglia un rampollo, che la natura non ha dato. *Adoptio est actus civilis, naturam imitans, quo quis alterius filius fit, quasi ab eo genitus esset* (1). In quanto alle ragioni poi dell' adottato, è detto nelle nostre leggi civili, che egli *rimarrà nella famiglia dell' adottante, e vi conserverà tutti i suoi diritti* (2); dei quali diritti si da la spiega in seguito nelle stesse leggi (3). Ma l' adozione dee avere le sue forme, di che la legge anche si interessa art. 277 e seguenti. Dunque ogni qual volta della validità dell' atto di adozione si disputi in giudizio, o per sostenersi o per abbattersi; o pure ogni qual volta si richiamino in contestazione gli effetti di tal' atto, le azioni che vi si adattano, riescono azioni di stato di famiglia.

4. Subentra l' azione che ha la madre separata oggi di corpo, a far riconoscere dal padre i figli, onde educarli, ed alimentarli. Giustiniano pose per terza specie delle azioni pregiudiziali quella *de agnoscendo partu*. Sappiamo già che quest' azione si dava alla moglie, la quale dopo il ripudio, o dopo il divorzio si sgravava del parto, ad oggetto di farlo riconoscere per legittimo, *editumque ab eo qui maritus fuit*, e competea *adversus maritum, par-*

(1) Fepier Comment. ad Just. Inst. tit. 11.
(2) Art. 272 leggi civili.
(3) Art. 273 a 276.

tus controversiam facientem, sive quod neget uxorem suam fuisse, sive quod ex se praegnantem (1): si dava ancora *adversus avum, in cuius potestatem filius post mortem patris sui natus, recasurus erat* (2). Ora nè di ripudio nè di divorzio è più parola. Ma abbiamo però la legge che ammette e sostiene la separazione personale tra i coniugi, e ne spiega gli effetti che ne derivano (3). Può dunque accadere, che la moglie dopo il giudizio di separazione si sgravi di una prole, che il padre si nieghi a riconoscere, o non curi di alimentare. In questo caso certamente altra azione non ha la madre che quella *de agnoscendo partu*, e questa è azione pregiudiziale di stato di famiglia, per la testuale definizione datane da Giustiniano. Essa segue l' indole dell' azione di filiazione, e soltanto differisce da questa sotto il rapporto delle persone, che vengono ad esercitarla: *Similis actioni de filiatione est actio praeiudicialis de partu agnoscendo, quia fere ad idem tendit; itidemque vel affirmativa, vel negativa est: sed in eo haec a priori differt, quod altera sit inter patrem et filium, altera vero inter patrem et matrem ipsius partus* (4).

(1) Vinn. ad §. 13. Inst. de act. n. 5.
(2) Rittershus : ad § praeiudiciale Inst : de act.
(3) Art. 217 a 233 LL. civ.
(4) Bechmer : sect. 2. cap. 1. §. 29.

5. Egualmente accade ora per lo caso espresso nelle leggi civili art. 263. La madre naturale in caso di ratto può convenire in giudizio il padre a riconoscere la prole, ed astrignerlo agli alimenti. Or quale è mai l'azione, che viene quì a figurare, se non quella *de partu agnoscendo?* Lo riconobbe chiaro il Boemero, il quale all'azione *de agnoscendo partu* di già esposta, attaccò anche l'idea di questa, dicendo: *Neque tantum inter parentes legitimos haec actio moveri potest, sed etiam, id quod frequentius fit, inter illegitimos, veluti si stuprata contra stupratorem agit ad partum agnoscendum* (1).

6. Finalmente azion pregiudiziale di stato di famiglia risulta anche quella, con la quale si dimanda in giudizio la dichiarazione delle parentele nei gradi riconosciuti ed ammessi dalla legge. *Item permittitur haec actio fratri adversus fratrem, et cognato adversus cognatum de iure familiari: Bartolus in L. sive contra §. 1. D. de lib. agnosc. Et Ulpianus facit mentionem huius controversiae in ubicumque §. 1. D. de ventr. in possess. mitt. Nam porrigitur haec actio ad controversiam totius cognationis*: L'Oldendorpio (2). La ragione è detta dallo stesso Boemero: *Stricte loquendo fa-*

(1) Boehmer dict. loc.

(2) Oldend. Clas. 3. Act. 9. n. 4.

milia est societas domestica inaequalis inter patremfamilias, liberos, et servos. Generaliter vero ceteros quoque cognatos continet (1). Ed il Vinnio non dubitando di queste teorie, si spiega così sulle autorità ancora di insigni Scrittori che enuncia: *Hoc praeiudicium* (cioè l'azione di stato di famiglia) *utiliter etiam fratribus, aliisque cognatis dari, ut quis frater, vel cognatus, vel de nobili familia pronuntietur, et consequenter nomen, arma, et insignia familiae ferre, feudaque, et alias successiones sperare potuit, cum Bartol. Specul. Jas. Zas. concludit Schneid. hic n. 34* (2). Oggi, tranne i soli feudi, che qui sono enunciati, per tutto il dippiù, l'azione che è in proposito si può dedurre, e sperimentare in giudizio, restando nella classe di azione pregiudiziale di stato di famiglia.

Fin qui le azioni pregiudiziali, che riguardano primariamente lo stato della famiglia. Sieguono ora le altre azioni di secondo ordine, che a questa classe appartengono, secondo lo spirito delle nostre leggi civili. Esse sono:

1. Le azioni nascenti dalla patria potestà, della quale si tratta nelle leggi civili art. 287 e seguenti. Avvertì già il Boemero, come abbiamo osservato, che nella quistione di stato di famiglia si compren—

(1) Boehmer. sect. 2. cap. 1. n. 22.

(2) Vin. ad. §. 13. Inst. de act. n. 6.

de anche l'azione, quando *de patria potestate tantum controversia moveatur* (1). Ma questa è un azione di secondo ordine, perchè non forma veramente lo stato di famiglia, ma si rende competente *ratione status*, ed ha un' intimo rapporto a ciò che forma lo stato di famiglia. Appartiene a questa azione tutto ciò, che oggi il padre secondo le leggi veglianti può esigere dai figli per la dipendenza, e per lo rispetto dovuto *ratione filiationis*, non che per gli emolumenti a lui accordati (2); lo che è comune anche alla madre; e si estende ai figli naturali riconosciuti (3).

2. Si offre in secondo luogo la emancipazione, di che parlasi nelle LL. civ. art. 399 e seguenti. Certamente l'emancipazione si ritrova fra i modi, con i quali si scioglie la pátria potestà (4). Ora se per sostegno della potestà patria stanno le azioni di stato di secondo ordine, di ugual natura debbono esser quelle, con le quali si cerca di scuoterla ed allontanarla. In ogni contestazione adunque che può elevarsi in giudizio, per combattere, o per sostenere l' emancipaziane, come anche tutte le volte che si disceiti delle ragioni atte per legge a far decadere il minore dal beneficio dell' eman-

(1) Boehmer. sect. 2. cap. 1. §. 22.
(2) Art. 287 e seguenti LL. civ.
(3) Art. 310. LL. civ.
(4) §. 6. Instit. quib. mod. ius patr. pot.

cipazione, o a sostenersi la rivoca di essa, giusta gli articoli 408, 489 LL. civ., sempre l'azione di stato di secondo ordine viene ad essere esercitata.

3. Sotto questa medesima azione di stato vanno tutte le dimande giudiziali per alimenti dovuti ai figli legittimi, ed ai figli naturali. E siccome la ragione alimentaria officiosa è réciproca, così con la stessa azione possono agire i genitori bisognosi ad esser alimentati dai figli ricchi e possidenti; anzi non sono esclusi dal far uso di questa azione i fratelli, e le sorelle costituite in bisogno, a cui si debbono gli alimenti *ex charitate sanguinis.*

Di queste azioni alimentarie, che appoggiano sul nobile uffizio del giudice, dovremo trattare in appresso, allorchè parleremo delle azioni personali, che nascono dalla naturale equità, riconosciuta e protetta dalla legge civile: ma ciò non impedisce, che ora sotto il rapporto dell' oggetto a cui tali azioni son dirette, prendano parte quì fra le azioni di stato. In tutte le azioni per essere in regola, si dee distinguere la definizione dalla ripartizione e classificazione di esse. Allorchè si definiscono le azioni si attende unicamente alla loro origine, ossia alla causa loro efficiente; allorchè poi si ripartiscono, può aversi in veduta anche l' oggetto a cui esse si rivolgono. Sotto questo secondo rapporto vengono ora da noi ri–

ferite quì le azioni in proposito; e sotto il primo rapporto sarà fatta di nuovo parola di esse al luogo opportuno. Certamente il Boemero, riguardando appunto l' oggetto di questa azione che è dello stato di famiglia, la pose fra le azioni di stato non primarie, ma derivative. *Quamvis vero de statu non amplius quaeratur, forsan quod sententiam pro filiatione latam in rem iudicatam transierit L. 25. de stat. hom.; nihilominus tamen aliae quaestiones emergere possunt ex statu per consequentiam fluentes. Huc pertinet causa alimentorum praestandorum, quo nomine quidam actionem alimentariam largiuntur* (1). E Samuele Strichio riferisce questa azione al fatto della generazione, e da esso la trae. *Ex hoc etiam consequitur, cum ex facto generationis, seu ex naturali vinculo, resultet obligatio alendi, omnem parentem, de quo saltem naturaliter constat, quod parens sit, officio judicis ad alendum compelli posse* (2). E questa azione sempre come azione di stato si presenta per ragion del suo oggetto, o che agisca il figlio contra il padre, o *versa vice*, o che se ne avvalga la sorella povera contra il fratello ricco, o che finalmente la sperimenti la moglie

(1) Boehmer: sect. II. cap. I. §. 31.
(2) Stryk. sect. 1. membr. 2. §. 9.

ridotta nello stato di indigenza. *Huic remedio locus est inter omnes illas personas, quae sibi ad alimenta obligantur ex aequitate, charitateque sanguinis. Sic parentes agunt, ut a liberis; sorores inopes ut a fratribus ditioribus alantur. Eodem remedio uxor contra maritum ec. ec.* (1). Per le nostre leggi civili la materia è trattata negli art. 193 e seguenti, art. 203. 678. 679. 854.

4. In quarto luogo subentrano i diritti, ed i rispettivi doveri dei coniugi. Ved. art. 201 a 215 LL. CC. L' azione quì ha un' intimo rapporto all' azione di stato di famiglia. Il dovere dei coniugi di prestarsi l' un l' altro fedeltà, soccorso, ed assistenza: l' obbligo del marito di proteggere la moglie, e quello della moglie di ubbidire al marito: la necessità nella moglie di seguire il marito dove fissa i suoi lari: la dipendenza della moglie dal marito per aver l' autorizzazione a stare in giudizio: e cose simili, fissano e sostengono la tranquillità, l' ordine, ed il buon essere delle famiglie. Ogni qual volta dunque accadano dei casi, nei quali bisogna adire il giudice per lo adempimento di questi rispettivi doveri dei coniugi, non di altra azione si viene a far uso, che di quella di stato di famiglia.

---

(1) Boehmer: dict. loc. §. 32.

5. Lo stesso vale, ma in senso contrario, per le azioni, con le quali si deducono, e si sostengono le opposizioni al matrimonio, o si cerca d'impugnarlo in quanto agli effetti civili. Art. 181 e seguenti, 189 e seguenti leggi civili (1).

6. *Item* per gli giudizii di separazione personale fra marito e moglie, e per gli effetti che questa produce. Art. 217 a 233 LL. Civ. Art. 953 e seguenti proced. civ.

7. Nel caso di separazione personale, se al padre si nieghino senza giusta causa i figli dalla madre, l'azione che è data al primo per ripeterli, è azion di stato *ratione familiae*. Quì corrisponde l'*Interdetto de liberis exhibendis* (2): E si vede chiaro un'effetto della patria potestà; mentre l'azione tende a riunir la famiglia, conducendo i figli al padre, che ne è il capo. Il giureconsulto definì nettamente questa azione per pregiudiziale, dicendo, che in questo caso il padre non è che revindica i figli, ma li dimanda *praeiudiciis* (3).

8. Finalmente per provvidenza delle nostre leggi civili, art. 232, con la medesima azione si sperimenta in giudizio il diritto, che è comune

(1) Vedi Boehmer: sect. 2. cap. 1. §. 44.

(2) L. 1. §. 3. D. de liber. exhib.

(3) L. 1. §. 2. D. de rei vind. Ved. Boehmer: sect. 2. cap. 1. §. 35.

all' uno, ed all' altro coniuge separato di corpo, per far ordinare, a maggior vantaggio dei figli, che siano essi affidati alla cura di lui stesso, o di una terza persona. Quì l' oggetto è di aversi una buona educazione nella persona dei figli; lo che ha rapporto alla famiglia, ed al benessere di coloro che la compongono. Si riferisce quì il disposto nel Codice di Giustiniano al titolo: *Divortio facto, apud quem liberi morari, vel educari debeant*: e nel Digesto sotto il titolo: *Ubi pupill. educ. deb.* (1).

Sezione 4.

Delle azioni pregiudiziali che riguardano le qualità, di cui le persone possono esser rivestite.

Alle persone si trovano bene spesso attaccate delle particolari qualità, che le fanno distinguere, specialmente nel contrattare, e nello stare in giudizio. Ora sul conto di coteste qualità accade spesso, che si elevino delle contestazioni, o per sostenerle, o per abbatterle. Ed in questi casi l' azione che si adopera, riesce azione pregiudiziale, perchè qualifica la persona, e stabilisce il modo con cui essa debba esser riguardata. Le azioni di simil

(1) Vedi qui Anneo Roberto rer. iudic. lib. 1. cap. 9.

fatta sembra a prima vista, che siano le stesse che le azioni di stato; in fatti per la forza dei vocabili tanto è dire qualità, quanto è dire stato della persona, ed i giureconsulti romani scambiavano a vicenda queste cose, e spesso sotto il nome dell' una comprendeano anche l' altra. Ulpiano parlando della *condizione* personale, indicò lo *stato* o la *qualità* della persona (1): Ed altrove lo stato pubblico degli uomini si riporta alle dignità, ed agli onori (2); onde lo *stato* viene a definirsi: *qualitas, cuius ratione, homines diverso iure utuntur* (3): Ed in altri termini: *Status est conditio, et habitualis qualitas hominum, ut esse liberum, nobilem, legitimum ec. ec.* (4).

Ma a stretto rigor di legge, le azioni che riguardano le qualità personali, differiscono da quelle che la legge per eccellenza chiama azioni di stato, e che si restringono alla libertà, alla cittadinanza, ed alla famiglia. Questa era la proprietà delle voci, che serbava il diritto romano. E noi ancora troviamo ciò custodito nelle leggi civili, dove sotto la voce *stato*, o vien significato lo *stato civile*, che regola la cittadinanza (5), o lo sta-

(1) L. 32. §. 2. D. 34. princ. D. de adquir. hered.
(2) L. 5. § 1. n. D. de extraord. cognit.
(3) Heinecc. recit. §. 76.
(4) Hillig. ad Donell. lib. 2. cap. 9. n. 2.
(5) Art. 46 e seguenti LL. civ.

*

to di famiglia (1): e sotto la voce qualità si addita la *qualità* inerente alla persona (2).

Le qualità personali risvegliano altra idea, e non presentano la così detta azione di stato. *Qualitas* (diceano in questo senso i Forensi) *est secundum quam quales dicimur*, *ut advocatio*, *procuratio*, *legatio* (3). La qualità a buon conto attacca alla persona una denominazione particolare, con la quale essa impronta nella società un carattere tutto a se. Tali cose valgono specialmente nei contratti, e nei giudizii.

Intanto doppia è la natura di queste qualità personali. Alcune si aggiungono alla persona, la quale non cessando di agire a nome proprio, spiega annessa a se una qualità, di cui è rivestita. Altre fanno sì che la persona niente di se ritenga nell'agire, ma spieghi un carattere nell'atto, che tutto appartiene alla qualità, che rappresenta. Del primo genere sono le qualità di erede, di legatario, di mandatario, di cessionario, di donatario. Qui agisce la persona a nome proprio con la qualità aggiunta. Del secondo genere sono le qualità di procuratore, di amministratore, di gestore di negozii, di tutore, di curatore, e cose simili. Qui la persona niente fa a proprio nome,

(1) Art. 249. 250. 251.

(2) Art. 1305 LL. Civ.

(3) Ved. Calcino voc. Qualitas.

ma agendo a nome alieno, tutto ripete dalla qualità che ha indossata. *Actor duplici nomine comparere potest in iudicio, aut proprio aut alieno: nomine proprio, nempe uti filius; uti degenere; . . vel nomine proprio cum qualitate adiuncta, videlicet uti heres, cessionarius, donatarius; et similiter: nomine alieno, videlicet, uti tutor, curator, administrator, syndacus, vel procurator.* Il nostro Giuseppe de Rosa (1).

Tutte le azioni, con le quali si impugnano in giudizio le dette doppie qualità, sono pregiudiziali per modo, che il giudicato che le stabilisce forma stato, e nella causa dove si pronunzia, e nelle altre ancora, che possono derivarne, purchè però la persona non abbia deposta col fatto la qualità, che avea spiegata, e sostenuta in giudizio. Non si può però dire egualmente, che un tal giudicato, come accade nelle cause pregiudiziali di stato, giovi o nuoccia anche ai terzi. Questo è un privilegio che hanno le sole cause di stato. Le qualità personali sono variabili, come non è lo stato delle persone; e niuna ragione persuade, che i terzi i quali non ebbero parte nel giudizio, che le sanzionò, debbano rispettarne come inviolabile il giudicato. Solamente per la qualità di erede col be-

(1) De Ros. prax. civ. Tom. 2. part. 1. cap. 1. n. 38.

neficio della legge e dell' inventario, così dichiarata, si è opinato per lo innanzi, che il giudicato stesse anche in faccia ai terzi, cioè ai creditori, che non furono chiamati nel giudizio. Vedi il Fabro al codice *Def. 15. de re iud.* Ma queste cose oggi non possono pienamente sostenersi sotto le nostre attuali leggi civili, per la disposizione contenuta nell' art. 717. Un tale articolo corrisponde all' articolo 800 del codice civile Francese, ed è mestiere che si riscontri al proposito tutto ciò, che sull' art. 800 si è discusso in Francia, e che dottamente si trova scritto e ragionato dal signor Toullier (1).

(1) Ved. Toullier tom. 10. num. 235.

CAPITOLO TERZO.

Delle azioni reali.

Art. 13. L'azione reale sorge dal diritto che si ha sulla cosa, senza riguardo a persona alcuna; e va diretta contra qualunque possessore, e contra colui che con dolo ha lasciato di possedere.

Art. 14. Il diritto reale, che sulle cose può competere, o nasce da dominio, o è per ragion di eredità, o è per ragion di servitù, o è per ragion d'ipoteca.

Art. 15. Il diritto che nasce dal dominio, produce l'azion reale diretta a revindicare dalle mani di ogni qualunque possessore la proprietà di una cosa corporale certa e determinata, sia mobile, sia immobile.

Art. 16. L'azione reale per diritto ereditario dà ragione a pretendere la eredità, o parte di essa da colui, che non essendo il vero erede, a questo titolo in tutto o in parte la possiede.

Art. 17. Questa azione è diretta ezian-

dio a far annullare le disposizioni testamentarie per vizio di forma, o per la incapacità del testatore, e di coloro, a cui favore la disposizione siasi fatta: come ancora a far dichiarare, se vi è luogo, la rivocazione, e la caducità dei testamenti.

Art. 18. L'azion reale che nasce dal diritto di servitù, o è diretta a sostenere il diritto attivo della servitù che compete alla persona, o al fondo dominante; o è contraria, per difendere la libertà del fondo creduto serviente..

Art. 19. L'azion reale nascente dalla ipoteca, dà il diritto al creditore ipotecario di perseguitar la cosa immobile a se obbligata in mano a qualunque terzo possessore, per esser soddisfatto del suo credito.

Art. 20. È reale parimente ogni azione, che porta a dichiarazione di ipoteche; come anche a farle cancellare, o ridurre. Ed egualmente son reali le azioni, con cui si rendono libere le proprietà dai privilegii, e dalle ipoteche.

SPIEGAZIONE DEL CAPITOLO TERZO.

Sezione prima.

Delle azioni reali in generale, e della loro quadruplice distinzione.

L' azione reale fu chiamata da Papiniano con un termine tecnico *petitione*, perchè con essa non si fa altro, che dimandare ciò che è nostro, e non si trova nel nostro patrimonio (1). Ma anche colui che ciò chiede, non fa altro che agire in giudizio; e quindi viene a produrre azione reale, con cui egli ripete ciò che è suo dalle mani di qualunque possessore. Il possesso dell' avversario in questo giudizio è la causa occasionale della azione reale; e la causa di origine, ossia il fondamento di essa, sta nel *gius in re*, che fu definito dal Grozio: *facultas homini in rem competens sine respectu ad certam personam*, (2). Si rende perciò essa esperibile contra qualunque possessore, *qui nullo iure obligatus est*, al dire di Giustiniano (3); cioè che non conserva obbligazione alcuna per contratto o quasi-contratto, per delitto o quasi-delitto. *Unde recte dicimus ex*

(1) L. 28. D. de obl. et act.
(2) Grot. lib. 2. manduct. cap. 1. §. ult.
(3) §. 1. Inst. de act.

quo iure dari non potest actio in rem, hoc non esse ius in re. Convenit enim examussim definitio actionis in rem cum definitione, quam dedimus iuris in re. Ad hoc res ipsa devincta est penes quemcumque sit; ita actio in rem datur ad rem petendam a quolibet possessore. L' Ubero (1).

Ora il *gius in re*, che è il fondamento della azione reale, non nasce solamente dal dominio, che noi abbiamo nelle cose, ma da altre cause ancora, che possono legittimamente costituirlo, *sine respectu ad certam personam*. Si senta il Vinnio: *Cum non ex obligatione, sed alia ex causa, iure scilicet in re iudicio experiamur, non in personam, sed in rem actio est, cuiuscumque generis ius illud sit* (2). Intanto qualunque sia la specie del *gius in re*, ogni azione che da essa ne emerge, va con la regola generale, cioè di dover essere sempre diretta contra il possessore; mentre essendo in oggetto il diritto appunto sulla cosa, non può questo ottenersi, se non si pretenda da colui, che la possiede, sia egli nel possesso civile, sia nel possesso naturale; e sia ancora, che per fatto suo doloso abbia cessato di possedere (3).

(1) Huber. digress. lib. IV. cap. VI. num. 1.
(2) Vinn. ad §. 1. Inst. de act. num. 15.
(3) Ved. Vinn. dict. loc. num. 16. 17.

Quattro poi sono le principali cause produttive del *gius in re*, incluso in esse il dominio, che formano le quattro specie di questo diritto, riconosciute per unanime consenso di tutti i dottori; cioè 1. il dominio, 2. la eredità, 3. la servitù, 4. il pegno, oggi l'ipoteca.

Ed è a dire, che fu molto bizzarra l'opinione palesata da Giacomo Bornio, il quale senza entrare in verun dettaglio, imprese a sostenere, che una e sola fosse la specie del *gius in re*, cioè il dominio, volendo dimostrare, che tutto a buon conto al dominio andava a riferirsi; e che le replicate specie non erano, che conseguenze, e derivazioni del dominio stesso. Disse egli che il dominio potea essere universale, e così abbracciava la seconda specie, cioè il diritto ereditario; potea essere su cose corporali, o incorporali, ed allora, se trattavasi di proprietà, restava nei stretti termini di dominio, se trattavasi di possesso, si estendeva al pegno; finalmente nel caso che il dominio versasse su cose incorporali, presentava l'idea della servitù. Ma questa dottrina del Bornio fu confutata nel nascere da gravi e valenti scrittori, rapportati ed applauditi da Giovanni Eineccio (1); oltre a ciò, che ne aveva già scritto in contrario l'Ubero, rispondendo ancora al suo Annotatore Cristia-

(1) Heinec. recit. §. 334.

no Tomaso, che ben gustava la singolare novella teoria (1).

E vaglia la verità, comecchè sia vero, che tutte e quattro le specie riconosciute dai dottori convengano in una cosa sola, cioè nel *gius in re*; sul che sta il principio del Bornio, pure non è a dubitare che fra di esse vi sia notabile differenza, o si riguardi la causa efficiente di cotesto diritto, o si riguardi il modo, con cui esso rendesi esperibile in giudizio, e l'oggetto a cui è rivolto.

Il diritto di eredità, donde sorge l'azione reale *petitionis hereditatis*, non può dirsi che nasca da dominio, e molto meno dal dominio universale immaginato dal Bornio. Non nasce da dominio, mentre in questa azione l'erede non agisce come padrone di ciò che dimanda, ma come legittimo rappresentante di colui, che con buona fede possiede ciò che trovasi nella eredità, anche se non ne fosse stato padrone; e l'azione è diretta contra colui, che non essendo il vero erede, possiede senza giusto titolo l'eredità. Si discetta a buon conto *de iure heredis*, e non del dominio. E l'attore non dee provare, che egli sia padrone, ma che sia erede, escludendo la posizione contraria del convenuto, che nemmeno del dominio contrasta, ma della qualità ereditaria *et de iure heredis*. L'eredità consiste nel diritto:

(1) Hub. ad tit. D. de rer. divis. n. 11.

hereditas etiam sine nullo certo corpore iuris intellectum habet (1). Cotesto diritto unicamente è quì in oggetto. Altro avverrebbe, se l'erede agisse contra il possessore particolare a pretendere oggetti ereditarii: allora verrebbe in iscena il dominio, che risederebbe nel titolo ereditario. Ma questo sarebbe un giudizio ben diverso, presentando una mera idea di revindicazione, che niente ha che fare con l'azione *petitionis hereditatis*.

Il dominio poi universale, a cui si riporta il Bornio, non è mai concepibile. La universalità dei diritti si riconosce, ed è essa che ritrovasi nella eredità; ma il dominio universale presso gli uomini non si è mai immaginato. Il dominio è sempre nelle cose singolari, ed in questo senso è contrapposto al *gius ereditario*, che abbraccia diritti universali. Al titolo del Digesto: *communi dividundo* è scritto: *Per hoc iudicium corporalium rerum fit divisio, quarum rerum dominium habemus, non etiam hereditatis* (2). Nè fa ostacolo la *L. 48. princ. D. de hered. inst.* dove è detto: *Titius hereditatis meae dominus esto;* e pare che vogliasi esprimere un padrone universale. Quì la universalità è di diritto, non è di fatto: essa è relativa ai beni ereditarii: e la voce *dominus* adoperata equivale alla voce *heres*.

(1) L. 50. D. de pet. hered.

(2) L. 4. princ. D. comm. divid.

L'erede è il rappresentante in tutto la persona del defonto, ed il padrone universale di tutti i suoi beni. Ma tanto in faccia al defonto, quanto in faccia all'erede, mentre è riconosciuta la universalità dei diritti, il dominio però non è che *in singula corpora.* Nemmeno dee illudere *la L. 70. §. ult. D. de verb. signif.* nella quale è menzionato *universum dominium.* In questa legge il giureconsulto va a spiegare le voci: *is ad quem ea res pertinet;* e vuole abbracciare nella definizione ogni diritto: *ius omne quo quaevis res ad nos pertinere dicuntur*: e quindi per bene esprimersi si serve della voce *dominium; quia dominium ius praecipuum est*, come spiega Ulrico Ubero (1). Per la qual cosa questo illustre scrittore ha giusto motivo di esclamare: *iuris nemo peritus negabit dominium esse rerum singularum, hereditatem, universarum.... non est igitur hereditas dominium, sed eiusmodi ius, per quod ad heredem pertinent omnia quae defunctus reliquit, et per quod illa omnia potest a quocumque possessore consequi L. 9. de hered. petit.* (2).

Per le addotte ragioni la sapiente giurisprudenza romana distinguea bene fra la revindicazione, e la petizione della eredità. Per questa seconda adot-

(1) Huber. digress. lib. IV. cap. VI. num. III.

(2) Hub. dict. loc.

tava la voce *petere*, parola universale, e per la prima riteneva il *reivindicare*, espressione particolare. E nella *L. 1. D. de rei vindic.* fu scritto: *post actiones quae de universitate* (fra le quali era la petizione della eredità) *propositae sunt; subiicitur actio singularum rerum petitionis;* cioè della revindicazione, che nasce dal dominio.

Cum tamen dominium proprie rerum singularium sit L. 8. D. de leg. 2. et plura dentur in hereditate, quam quarum dominium defuncto competit, quippe tam nomina activa, quam passiva defuncti ad heredem devolvuntur, ita ut hic quia heres est, omne eius factum praestare teneatur L. 14 Cod. de rei vind. imo et res quae apud defunctum depositae, vel ipsi commodatae vi huius iuris hereditarii repetuntur a possessore L. 19 princ. et § §. seqq. D. de hered. pet., merito ius hereditarium ob suam amplitudinem pro separato iure reputatur; unde hereditas iuris nomen esse dicitur L. 178. §. 1. D. de verb. sign., et hereditatis appellatio universitatem quamdam, ac ius successionis, non singulares res demonstrat L. bonorum 208. D. de V. S. Unde etiam hereditatem petiturus fundamentum intentionis non collocat in dominio, sed tantum in eo quod heres sit. L. 10. §. 1. D. de pet. hered. Samuele Strichio (1).

(1) Strich. Sect. 2. membr. 3. §. 1.

Dunque la petizione di eredità non viene da dominio, e molto meno da dominio universale. E se si pone mente alla querela *inofficiosi testamenti*, riconosciuta dalle leggi romane, la quale era affine alla petizione della eredità, essa molto meno derivava da dominio, ma *ex facto parentum valde impio*, l'Oldendorpio (1). E pure essa è di sua natura reale.

In quanto poi alla servitù, da cui sorge l'altra specie dell'azione reale, nemmeno può dirsi, che essa derivi da ragione di dominio. Dalla servitù nasce sibbene un diritto reale, ma non appoggiato a dominio; che anzi la servitù ed il dominio si oppongono per legge. Basta ricordare ciò, che è scritto nella *L. unic. §. 3. D. de remis.pign.* Ivi: *ius habet opus novum denuntiandi qui aut dominium, aut servitutem habet.* E nella *L. 13. §. 1. de damn. inf. sive corporis dominus, sive is qui ius habet, puta servitutis.* In questi luoghi il dominio è cosa diversa dalla servitù. E vaglia la verità, o noi siamo ad azione *confessoria* così detta, ed allora non è che si produca ragione di dominio, ma l'azione nasce *ex iure servitutis quae praedio actoris debetur*, l'Oldendorpio (2): o siamo ad azione *negatoria*; ed allora l'azione nemmeno viene da dominio *sed ex iure liberta-*

(1) Oldendorp. Clas. 5. act. 2.

(2) Oldendorp. Clas. 3. act. 5. n. 3.

tis, *quam actor in re sua habet*, lo stesso sommo autore (1). Quindi ben di ragione conchiude Ulrico Ubero. *Ecce servitus ius in re aliena*, *nunquam in re propria*, *quia non minus implicat*, *rem propriam servire domino*, *quam ut sui quis ipse servus dicatur*. *L. 5. in princ. si usufruct. pet. Quid est ineptius*, *quam onus dominii*, *competens ei qui non est dominus*, *vocare dominium* (2).

Finalmente in quanto al pegno, che offre la quarta specie del *gius in re*, nemmeno può dirsi che esso somministri azione nascente da dominio. Quì il pegno si confonde con la ipoteca; e quindi va intesa l'azione ipotecaria, che compete al creditore, il quale col pegno ha assicurato il suo interesse. E bene; ed in questo caso l'azione che ne emerge, quantunque sia reale, non è però per ragione di dominio, ma essa nasce *ex iure pignoris*, *quod creditor habet per expressum consensum debitoris*, *qui eam obligavit*, l'Oldendorpio (3). Ed è letteralmente decisivo al caso il testo dell'Imperadore Antonino nella *L. Praeses Cod. de pign. et hypot.* dove è scritto: *Praeses Provinciae vir clarissimus ius pignoris tui exequentem te audiet*. Non dicesi qui che si produce ragione di

(1) Oldendorp. Class. 3. act. 5. n. 3.
(2) Hub. digres. Cap. 7. n. 1.
(3) Oldendorp. Class. 3. act. 10. n. 2.

dominio, ma *ius pignoris*, che dee essere cosa ben diversa.

Se poi nel pegno si riguardi l'azione pignoratizia, che è data al debitore per ricuperare il pegno dopo aver pagato il debito, questa mentre è reale, perchè perseguita la cosa, non viene però dal dominio, ma direttamente dal contratto, che di sua natura è reale: *ex contractu pignoris nascitur, per quem creditor qui pignus accepit, re obligatur* (1). Può aver poi il debitore azione vindicatoria, o *in factum* a ripetere il pegno, quando esso però sia uscito dalle mani del creditore, ai termini della *L. 13. Cod. de pign. act.*; ma allora siamo fuori giostra.

Sezione 2.

Del dominio, prima specie del gius in re.

Il dominio, che secondo Giustiniano, *continet plenam in re potestatem*, *§. 4. Inst. de usufruct.*, è la prima e principale specie del *gius in re*; per modo che, quantunque le leggi romane fra queste specie lo annumerino (2), pure per eccellenza spesso dal *gius in re* lo astraggono, e col proprio suo nome particolare, singolarmente lo riconoscono: *sive do-*

(1) Oldendorp. Class. 3. act. 12. n. 2.

(2) L. 8. §. 1. Cod. de praescript. 30. vel. 40. ann.

mini sint, sive aliquod in ea re ius habeant (1). Da questo dominio, così particolarmente riguardato, nasce l'azione vindicatoria, cioè il diritto a revindicare ciò che è nostro dalle mani di qualunque possessore: *cuius vindicandi ius habeo*, è scritto nella *L.* 19. *D. de rei vind:* Della revindicazione si parla nelle nostre leggi. Art. 1480. 1499. 1686. 1971. num. 1. e num. 4. LL. civ.; Art. 902. e seg. 909. e seg. LL. proced. civ.

Vindicare, al dire dell' Olpendorpio, *propria significatione est adpropriare*, *suum esse dicere proprietatis adfirmatione* (2). E la definizione della azione che vi corrisponde, vien data dal Boemero: *Rei vindicatio est actio qua dominus agit contra quemvis possessorem rei corporalis, petitque se dominum eius declarari, eamque sibi a possessore cum omni causa restitui* (3).

L' attore adunque dee avere il dominio della cosa sull'atto che va a revindicarla. Ed o che questo dominio sia diretto, o che sia anche utile, l'azione è sempre la stessa perchè oggi non si ha più la distinzione tra azione diretta, ed azione utile, come era per le leggi romane (4). Più: può esservi anche

(1) L. 19. D. de damn. inf. Vid. L. 30. D. de nox caus.

(2) Oldendorp. Class. 3. act. 2.

(3) Boehmer. pag. 133. §. VII.

(4) L. 23. D. de reivind. L. 1. D. si ag: vectig. vel. L. 74. de rei vind.

un dominio *limitato*, come spiega lo stesso Boemero, quale è quello che ha il marito sulle cose dotali in costanza del matrimonio, ed in questo caso compéte benanche l' azione vindicatoria.

Si senta Samuele Strichio. *Porro ut rei vindicationi locus sit, parum refert, an dominio libero quis gaudeat, an restricto; an revocabili, an irrevocabili: quamdiu enim dominium aliquod superest, tamdiu etiam salva est vindicatio. Exemplum in dote, et praecipue in fundo dotali. Idem obtinet, si quis rem retrovenditionis titulo obtinuerit, quamdiu enim tempus in contractu praefinitum elapsum non est, tamdiu omnia dominii iura, et sic quoque vindicationem exercet dominus. DD. in L.* 2. *cod. de pact. int. empt. et vend.* (1).

A buon conto il primo estremo del giudizio che ha le basi su di questa azione si è, che l'attore al tempo quando si fa ad intentarla, dimostri di essere egli padrone della cosa.

L' azione poi va diretta contra qualunque possessore, anche se egli sia un semplice detentore; come ancora contra colui che con dolo ha lasciato di possedere, e contra colui il quale spontaneamente *obtulit se fundi vindicationi* (2), mentre

(1) Stryk: sect. II. membr. 1. §. 12.

(2) L. 9. 36. 52. D. de rei vind. L. 7. cod. L. 13. §. 14. de ered. petit.

l'attore ignorava la sua condizione. Ed appunto perchè si perseguita qui unicamente il possessore, per le leggi romane alla azione vindicatoria nelle cose mobili precedeva l'azione *ad exhibendum*, quando dubitavasi del possesso (1), o quando si temeva che la cosa mobile non si occultasse, o non si trasformasse per modo, che rendesse poi elusorio il giudizio di vindicazione (2). Ma questa azione *ad exhibendum* oggi non è più in uso, restando soltanto riconosciuto il sequestro per misura di revindicazione (3).

In quanto poi all'oggetto, questa azione vindicatoria o è mobiliare, o immobiliare (4); mentre ora presso di noi sotto i mobili s'intendono anche i semoventi (5). Sempre però dee essere cosa corporale, e cosa certa quella che si perseguita. Le cose nostre incorporali sulle quali abbiamo azione reale, si dicono essere in *bonis*, ma non *in dominio* (6); e quindi a rigore di legge non va per esse l'azione revindicatoria. Elegantemente l'Ubero: *in rem actio dicitur, quae ex iure in re datur adversus quemlibet possessorem ad adipiscendam ius in re*

(1) L. 3. §. 9. L. 13. D. ad exhib.
(2) Oldendorp. Class. 3. act. 1.
(3) Art. 909, e seg. LL. proc. civ.
(4) L. 1. C. de rei vind.
(5) Art. 451. LL. civ.
(6) L. 49. D. de verb. signific.

constitutum (1). Distingue egli fra la revindicazione, che nasce dal dominio, l'azione anche reale, che si rappresenta sopra ogni altro *gius in re*, cioè sulle cose incorporali. *Competit in rem actio* il Donello, *de re corporali, sive ea mobilis est, sive solo continetur L. 1. princ. D. de rei vind. Ea re admonemur non competere hanc actionem de servitutibus, quae res incorporales sunt.* E la ragione vien da lui tratta *ex genere ipso, et conditione actionis ;* imperciocchè avverte, che nella revindicazione l'azione è sempre *confessoria, idest ea per quam fateatur et intendat rem suam esse*: e non mai *negatoria, idest per quam neget rem esse possessoris, cum quo agitur.* Poi: *altera differentia est, quod in rem actio de re corporali numquam ultro possessori datur. L. 1. §. penult. D. uti possid. §. aeque in fin Inst.: de act. contra actio in rem de servitute, tam ei datur, qui possidet, quam qui non possidet.* (2) Il foro competente della azione vindicatoria è quello della cosa sita (3); sia essa immobile, sia mobile. *Vedi la L. 38. D. de iudic.* Però trattandosi di cosa mobile si dee seguire l'avvertimento del Perezio: *Dum tamen eo loco, quo sita est, permansura sit,*

(1) Huber. ad tit. Instit. de act. num. 3.

(2) Donel. L. XX. cap. IV. num. 2. ad 5. Tom. 5. pag. 802.

(3) Art. 151. proced. civ. L. ult. Cod. ubi in rem actio.

nec custodiae tantum causa ibidem constituta sit (1).

Bisogna poi che sia certo, e determinato ciò che fa l' oggetto di questa azione, essendo della natura della revindicazione che essa persegnita la cosa. *Appellatio rei non genus, sed speciem significat* (2). Ed è noto che, al linguaggio dei giurisconsulti romani, la specie suona lo stesso che presso i logici suona l' individuo, cioè una cosa singolare: *subiectam oculis, quae specieri, idest, cerni, et digito demonstrari potest; ut Stichum, Pamphilum, hunc bovem, hoc tignum, L. in stipulationibus D. de verb. obl.*; lo stesso Donello (3).

Se non che questa certezza ed unità di cosa, che è qui in proposito, va intesa al modo come la spiegò già Ulpiano nella *L. 30. princ. D. de usuc.* cioè in triplice senso. 1. si ritrova l' unità in una cosa che ha un solo spirito, o ha parti tutte collocate ed unite insieme senza opera di uomo, come sarebbe il bue, la trave, la pietra, 2. vi è l' unità nella cosa che si compone di più parti, unite però insieme ed accozzate per opera dell' uomo come la casa, la nave, l' armadio. 3. finalmente si riconosce l' unità anche in quelle cose che contengono

(1) Perez. ad cod. tit. ubi in rem act. n. 1.

(2) L. 6. D. de rei vind.

(3) Donel. dict. loc. num. 10.

più oggetti distinti fra loro, e separati per natura, ma collettivamente designati sotto un nome stesso, come la greggia, gli armenti, le mandre. Ed in tutti questi casi conveniva l'azione vindicatoria.

Sempre questa azione è petitoria, e riguarda la proprietà; mentre l'azion possessoria, comechè nasce anche da dominio, non va indicata sotto la revindicazione. Sono note al proposito le teorie del giureconsulto Paolo nella *L. 3. §. 4. 11. 12. D. ad exhib.*; dove elegantemente nota il Gotifredo: *qui possessionem petit, non vindicatione, sed interdicto agit.*

Gli esempii della azione vindicatoria si trovano nelle nostre leggi civili art. 1971. num. 1. in fin. num. 4.: e nella procedura civile.

SEZIONE 3.

Del diritto ereditario, seconda specie del gius in re.

Dal diritto ereditario nasce l'azione della petizione della eredità, di cui fanno parola le nostre leggi civili nell'articolo 143, ed anche nell'articolo 730, dove con espressioni equipollenti si nomina colui, *che reclami la eredità.* Questa azione di sua natura è reale, sia che si riguardi il nome, con

cui sempre la legge l' ha indicata (1); sia chosi osservi la sua indole, essendo essa diretta contra la persona che possiede. In quanto al nome *petitio*, esso certamente appartiene di diritto alle azioni reali (2). Ed è perciò, che i giurisconsulti Papiniano e Paolo ebbero per azione vindicatoria la petizione della eredità (3). In quanto poi alla persona a cui l' azione si rivolge, egli è risaputo, che sia dell' indole particolare e propria di tutte le azioni reali di perseguitare il possessore: essendo sempre due gli estremi nei giudizii reali, cioè il diritto *in re* per parte dell' attore, ed il possesso per parte del reo convenuto. Ulpiano stesso conferma coteste regole nella nota *L. 25.* §. 18. D. de hered. petit., dove sebbene risvegli delle idee che possono rendere mista questa azione, pure non lascia di mettere in massima, che essa sia reale. *Petitio hereditatis, etsi in rem actio sit, habet tamen praestationes quasdam personales.* Risulta dunque mista, non per ragione della primiera sua origine, o della sua natura, quasi che vi fosse obbligo di ravvisare in essa fin dal principio congiuntamente il *gius in re* ed il *gius ad rem;* ma per ragione della circostanza che può concorrere sul

(1) Tit.. Dig. de hered. pet. tit. cod. de petit. hered.

(2) L. 178. §. 2. D. de verb. signif.

(3) L. 8. L. 49. D. de hered, pet.

conto delle prestazioni personali, alle quali può essere tenuto il possessore della eredità. La seconda cosa è accidentale, ma la realità della azione è sempre ferma e sicura. Le prestazioni personali, che possono risultare a carico del possessore, si considerano allora come accessioni alla eredità, e quindi con la stessa azione reale si rendono repetibili. Perlochè se in questo caso la petizione della eredità si presenta come azione mista (lo che meglio sarà detto al suo luogo), questo accade non per ragione dell' origine assoluta della azione, ma per la doppia qualità che essa cammin facendo ritrova nel soggetto, cioè nelle accessioni ai beni ereditarii sopravvenute per fatto personale del possessore. Vedi Ulrico Ubero (1).

In questa azione si cumulano due dimande, cioè quella della dichiarazione di erede che consiste nel diritto (2); e quella del rilascio dei beni ereditarii. L' azione però è sempre reale malgrado che l' attore altro non ottenga in giudizio, che la semplice dichiarazione di essere egli l' erede, e non rinvenga beni di sorta alcuna a poter conseguire. La ragione si è, perchè la dichiarazione di erede stabilisce in questo caso nella persona un diritto reale a poter pretendere, sem-

(1) Huber. Digress. iur. lib. 4. Rap. 6. n. 5.

(2) L. 50. de hered. pet. L. 24. D. de verb. sign.

pre che possa, e voglia i beni creditarii. Quì calza bene l' osservazione dell'Oldendorpio, il quale volendo sostenere la qualità reale nelle azioni pregiudiziali, la trae dal motivo che con esse si viene a stabilire: *ius ipsum, quod peto in persona alicuius;* soggiungendo: *Et sic respicitur res in persona potius, quam aliquid extra personam. Sicut enim vindicatio proprietatis dicitur in rem actio, ita petitio alicuius iuris in rem censebitur* (1). Noi non abbiam seguita la sua teoria sul conto delle azioni pregiudiziali, ma nella specie della petizione della eredità, per la qualità, che si attacca alla persona, convenghiamo nel credere, che il diritto stabilito nell' erede, dopo la dichiarazione del giudice, presenti la idea di un diritto reale a suo pro, che qualificandolo tale lo abilita ad agire con questo titolo per andar a perseguitare i beni creditarii, dove, e quando li rinvenga.

L' attore in questo giudizio è colui che offre il titolo di erede, o di legatario universale, o di legatario a titolo universale (2). La ragione a pretendere nasce dal diritto che si ha di succedere al defonto; e quindi oltre alle successioni intestate, o per testamento, può esso competere nel caso delle donazioni che la legge permette

(1) Oldendorp. class. 3. act. 9. n. 3.

(2) Art. 929. 964. LL. CC.

per contratto di matrimonio *dei beni che il donante rimarrà al tempo della morte* (1). In questa specie di donazioni è precisamente scolpita la istituzion di erede per contratto, che i francesi chiamarono istituzione contrattuale, e che presso di noi ancora, ed altrove era conosciuta: *ex consuetudine fere ubique gentium recepta:* il Fabro (2). Si senta il Boemero: *postquam hodie nova species successionis, pactitiae videlicet usu recepta est, ut in pactis nuptialibus inter coniuges, unione prolium, confraternitate, ec. ec., datur quoque hereditatis petitio conventionalis, qua, existente casu successionis, heres pactitius agit* (3).

L'azione stessa *petitionis hereditatis* compete al compratore, o al cessionario della eredità, il quale abbia causa dal vero erede, o dal legatario universale, o dal legatario a titolo universale. Il compratore della eredità fa le veci dell'erede: *emptorem hereditatis vicem heredis obtinere;* disse Ulpiano (4): anzi Pomponio lo assomiglia del tutto all'erede: *quasi tu heres videaris extitisse* (5).

---

(1) Art. 1038. LL. CC.

(2) Fabro ad tit. Cod. de pact. convent. tam sup. dot. Defin. 6. def. 8.

(3) Boehmer, de act. sect. I. cap. III. §. 28.

(4) L. 2. §. 18. de hered. vel act. vend.

(5) L. 9. in fin. comm. pr. Ved. Boemero sect. 2. cap. 3. §. 21.

Questa azione poi si dirige contra colui che possiede l'eredità *pro herede*, *vel pro possessore;* come anche contra colui, che con dolo ha lasciato di possedere.

Più: essa compete contra la persona, che *liti se obtulit*, o nella ignoranza dell' attore, per calunniarlo, dica di possedere (1). A buon conto nello sperimento di questa azione si va a perseguitare la persona, che possedendo, o ha, o vanta di avere il titolo di erede, o di legatario universale, o di legatario; o per tale si infinga a titolo universale; così che se questa persona non possegga che un sol corpo ereditario, e non già la universalità dei beni, pure diviene passibile della azione *petitionis hereditatis,* quando voglia sostenersi nel possesso col titolo di erede, o di legatario universale, o a titolo universale. *Si modo eam rem singularem vel pro herede, vel pro possessore possideat, adeo ut etiam contra debitorem detur, si hic ideo solvere recusat, quia se heredem dicit L. 14 in fin.* de *hered. petit.:* il Boemero (2).

È passibile di questa azione anche il compratore della eredità che abbia causa da un creduto erede. *Haec* (actio) *quoque vero heredi quandoque datur contra emptorem hereditatis, qui*

(1) L. 45 D. de hered. pet. L. 131. de reg. iur.

(2) Boehmer. Sect. 2. cap. 3. §. 16. in not. sit. p.

a putativo herede illam emit, eamque possidet, quando venditor commode conveniri nequit: veluti quod non extet, vel modico vendiderit, et bonae fidei possessor sit, et non adeo reperiatur locupletior L. 13 §. 4. D. de hered. petit. Regulariter enim venditor, sive pretium recepit, sive petere possit, tenetur, cum pretium succedat in locum rei. L. 16 §. 5. eod. Lo stesso Boemero (1).

In quanto poi ai beni ereditarii, questa azione li abbraccia tutti universalmente, mentre nel diritto di successione che con essa si deduce, questa universalità appunto vien rappresentata: ***Nihil aliud est hereditas, quam successio in universum ius, quod defunctus habuit*** (2). E perchè ***in universalibus, res stat loco pretii, et pretium stat loco rei***, possono con questa azione dimandarsi anche i prezzi ritratti dalle cose ereditarie alienate. Più: si dimandano anche i debiti ereditarii, e tutto altro che al defonto apparteneva per qualsivoglia titolo. Essa intanto non cessa mai di essere azione reale. Non si considera in questo caso il debitore come obbligato personalmente al defonto, e quindi come passivo di un'azione personale, ma si considera qual possessore di diritto di un bene ereditario. *Item*, dice Ulpiano, *a*

(1) Boehm. Sect. 2. cap. 3. §. 22.
(2) L. 24. D. de verb. sign.

debitore hereditario, quasi a iuris possessore, posse hereditatem peti, constat, sed utrum ex delicto, an ex contractu debitor sit, nihil refert (1). Si vegga Ulrico Ubero (2).

Sono eziandio azioni nascenti da diritto ereditario, e quindi reali, quelle che tendono a far annullare i testamenti per vizio di forma (3), o per la incapacità del testatore, e di coloro a cui favore siasi disposto (4); come anche a far dichiarare, quando vi è luogo, la rivocazione, e la caducità dei testamenti (5). *Querela nullitatis, quae itidem est hereditatis petitio qualificata, qua testamentum ex capite nullitatis impugnatur, quod 1. defectus sit in testatore 2. in solemnibus, et forma praescripta: 3. in essentialibus: 4. in certitudine voluntatis;* il Boemero (6).

L'azione di nullità importa a buon conto una petizione di eredità *ab intestato*, tolto di mezzo il testamento, che pecca di un tal vizio. *Huc etiam pertinet*, soggiugne questo scrittore; *quando testamentum est ruptum, irritum, vel de-*

(1) L. 13 §. ult. L. 14. D. de hered. pet.
(2) Hub. ad tit. Inst. de act. n. 19.
(3) Art. 927. LL. civ.
(4) Art. 817. 827. LL. civ.
(5) Art. 990. 994. LL. civ.
(6) Boehm. sect. 2. cap. 3. §. 49.

stitutum; ed oggi quando il testamento è rivocato, o diviene caduco giusta gli articoli 990, e seguenti LL. civ.: *His omnibus casibus, quo testamentum valere nequit, potest vel simplex hereditatis petitio institui, et si adversarius exceptionem conditi testamenti opponit, nullitas per modum replicae deduci: vel etiam querela nullitatis directo proponi, quae se fundat in nullitate testamenti* (1). La querela d'inofficioso che per diritto romano vigea, era anche annoverata fra le azioni reali *petitionis hereditatis*, perchè era diretta allo stesso oggetto: *ut testamento inofficioso per sententiam iudicis rescisso, heredi hereditas restituatur ab instituto;* l' Oldendorpio (2).

Sezione 4.

Della servitù, terza specie del gius in re.

Delle cose corporali, che realmente e propriamente si posseggono si da la revindicazione; ed una quasi revindicazione è concessa ancora per le servitù, che sono cose incorporali, ed impropriamente vengono anche a possedersi. Or cotesta quasi revindicazione delle servitù non nasce propriamen-

(1) Boehmer. loc. cit.

(2) Oldendorp. Class. 5. act. 2. n. 7.

te da dominio, ma da una particolare specie del *gius in re*, su cui è basata. *Quia cui servitus competit, huic res alterius ad suum commodum affecta est, sine respectu ad certam personam, adeo ut in omni mutatione dominorum servitus sit immutabilis, et contra quoslibet actionem in rem producat.* Ulrico Ubero (1). Siano dunque servitù personali, o vogliansi dir miste, come è l'usofrutto, l'uso, l'abitazione (2): Siano servitù prediali di qualunque specie (3), esse son sempre protette dal *gius in re*, e dalla azion reale, che ne emerge (4).

Questa azione che è sempre reale è guardata però in doppio aspetto, perchè o tende a sostenere un diritto di servitù già acquistato legittimamente, o tende a rimuovere un diritto di servitù, che senza ragione si vuole indurre; ed è perciò che dai giurisconsulti romani essa fu distinta in azione *confessoria*, e *negatoria*. La confessoria propriamente nasce *ex iure servitutis*: la negatoria viene *ex iure libertatis*. Si senta Ulpiano. *De servitutibus, in rem actiones competunt nobis tam confessoria, quam negatoria: confessoria ei qui servitutes sibi competere contendit; negatoria do-*

(1) Huber. digress. Lib. 4. cap. 7. n. 1.
(2) Art. 503. e seg. LL. civ.
(3) Art. 559. e seg. LL. civ.
(4) L. 2. D. si servit. vind.

mino qui negat (1). E queste tecniche espressioni corrispondono ai titoli del Digesto, e del Codice Giustinianeo — *Si servitus vindicetur, vel ad alium pertinere dicatur — Si ususfructus petatur, vel ad alium pertinere negetur.* Si rende qui degno di avvertenza ciò che scrive Samuele Strichio sull' uso della azion confessoria, e della negatoria; o per meglio dire, sulla proprietà delle espressioni da serbarsi in giudizio allorchè viene a dedursi ciascuna di esse. *Quicunque iure quodam utitur ex libertate naturali, et in hoc se fundat, illi non datur confessoria, sed negatoria, quia alteri negat facultatem prohibendi, quo minus libertate naturali utatur. Quicunque vero se fundat in privilegio, et iure speciali, si cuius alterum ab eiusdem iuris exercitio excludere possit, illi competit confessoria, qua confitetur, sibi soli hoc ius competere, indeque se gaudere iure prohibendi* (2).

Il fondamento della azion reale confessoria dee essere nel diritto già stabilito dalla servitù; imperciocchè in questi giudizii *per sententiam non debet servitus constitui, sed, quae est, declarari* (3). Che se fosse ancor dubbio il diritto del-

(1) L. 2. princ. D. si servit. vind.
(2) Stryk. sect. 2. membr. 4. §. 5.
(3) L. 8. §. 4. D. si servit. vind.

l'attore, allora egli dee ricorrere ad altre azioni. Si senta l'Oldendorpio: *Servitutem iam constitutam esse oportet, ut competat in rem actio confessoria, quandoquidem id, quod non est, vindicari non potest. Verum si constitui debeat, videndum diligenter: utrum per stipulationem fuerit promissa: et tunc agetur ex stipulatu: an per venditionem: quo casu actio ex empto est, ac ita in reliquis contractibus. Si denique in ultima voluntate legata fuerit servitus: heres tenebitur actione ex testamento, ut constituat eam. L. si binarum. D. de servit. praed. urban. §. ult. Inst. eod. tit.* (1).

Nelle servitù prediali compete l'azione confessoria al padrone del fondo dominante, il quale se è nel pacifico possesso del fondo, non può essere obbligato a provare il suo dominio (2). Compete ancora al padrone utile, ed al creditore anticretico (3). L'usofruttuario però non può produrla direttamente a nome proprio, perchè egli non è padrone. *Aliud enim est proprio suo nomine usumfructum ipsum vindicare quod facere potest; aliud vero intuitu fundi servitutes debitas proprio nomine persequi, quod facere ne-*

(1) Oldendorp. Class. 3. act. 4. n. 2.
(2) L. 16. 17. D. de except.
(3) L. 16. de servit.

quit, quia fundum proprio nomine non possidet tanquam dominus, ut ait imperator in §. 4 Inst. per quas person. cuiq. adquir. ibi: quia non possidet, il Boemero (1). Può dunque l'usofruttuario agire a nome soltanto del proprietario; e ciò quando la servitù gli venga impedita da un estraneo. Che se l'impedimento nasca dal padrone proprietario del fondo, allora non può agire con la reale *confessoria*, ma dee ricorrere alla azione che gli viene dall'usofrutto — *Confessoriam enim intuitu servitutum impeditarum, tantum nomine domini, ut eius procurator movet: contra ipsum dominum vero, tanquam eius procurator ita agere nequit, sed id tantum permissum est, ut usumfructum contra eum directo persequatur*; lo stesso dotto autore (2).

Si da poi questa azione confessoria contra il possessore del predio serviente, o contra chiunque altro impedisse la servitù (3): E se sono più i padroni del fondo serviente si da solidariamente contra tutti (4). Per diritto romano due cose si poteano abbracciare nella dimanda, cioè, che la servitù si prestasse, e che si desse cauzione per

(1) Boehmer. de act. sect. II. cap. II. §. 37. in not.
(2) Boehmer. dict. loc. in not.
(3) L. 10. §. 1. D. si serv. vind.
(4) L. 4. §. 4. D. eod.

assicurarla in prosieguo (1). Ma ora la cauzione non è conosciuta, ed in ogni caso la legge provvede con i giudizii possessorii, che frenano, e frastornano le turbative.

In tutte le azioni reali si da il diritto di agire a colui che non possiede, appunto perchè a lui sia restituito il possesso assieme con la cosa (2): ma nella confessoria con esempio tutto particolare, questo diritto è dato a colui che possiede, cioè conserva il diritto alla servitù, il cui esercizio gli viene da altri attraversato. Lo spiegò Giustiniano: *Sane uno casu qui possidet, nihilominus is actoris partes sustinet, sicut in latioribus digestorum libris opportunius apparebit* (3); ed erano i libri sotto i titoli *si ususfructus petatur — Si servitus vindicetur.* È poi nota la magistrale dottrina del Cuiacio il quale legge in questo luogo: *Sane hoc uno casu qui possidet, nihilominus* ec.; appunto per indicare la singolarità del caso che concorre nella azione confessoria. I dottori si sono affaticati per darne la ragione, andando in diversi sentimenti, ma un nostro esimio scrittore, che ne fa l'analisi, par che meglio di tutti sia riuscito nel rinvenirla, ed esporla in questi termini:

(1) L. 7. D. si serv. vind.
(2) L. 9. D. de rei vind.
(3) §. 2. Inst. de act.

Huius iuris ratio ex eo petenda est quod non ut rei corporalis, ita incorporalis rei possessio in solo utentis facto posita sit, sed haec etiam consistit in patientia eius, qui servitutem habet. L. 1. §. ult. D. de servit. rust., ut proinde is cum primum desinit pati, possessionem nostram turbet atque interpellet, nosque videatur quodammodo deiicere de possessione (1).

Alla azion reale *confessoria* si oppone la *negatoria. Haec actio realis est, primum ex iure libertatis, quam actor in re sua habet: non solum iure communi, verum etiam iure speciali, vel consuetudine. Deinde ex gravamine, quod reus contra ipsam libertatem tentat praetextu servitutis. Nam defensio libertatis iustissima est, et merito habet iuris remedium,* l'Oldendorpio (2).

Il fondamento di questa azione è posto in *iure prohibendi* (3), contra colui che pretende di esercitare una servitù, che a lui non compete; o di accrescerla al di là dei termini a lui competenti (4). E quì fanno al proposito gli art. 622, 625 LL. civ. L'attore quì niente è obbligato a provare, essendo egli in posizione precisamente negativa (5). E si

(1) Ved. Joseph. Cirill. ad Inst. pag. 124.

(2) Oldendorp. Class. 3. act. 5. n. 3.

(3) L. 11. D. si serv. vind.

(4) L. 4. §. 7. L. 14. princ. D. eod.

(5) L. 25. Cod. de prob. L. ult. Cod. de rei vind.

verifica in questa azione ciò, che nelle altre sembra assurdo, cioè che nel giudizio, l'obbligo della prova resti a carico del convenuto.

Tutto il fin' qui detto intorno alle azioni *confessoria*, e *negatoria* appartiene ai giudizii che nel *petitorio* si istituiscono sulle servitù. Ma in queste azioni, come in ogni altra azione reale si può agire nel petitorio, e nel possessorio. Nelle raccolte del diritto Giustinianeo, sul conto del *petitorio* si trova il titolo *D. si servitus vindicetur — Si ususfructus vindicetur.* E sul conto del possessorio si leggono gli *interdetti* al libro 43 del digesto. L'uso oggi dei giudizii petitoriali nelle servitù è meno frequente; per lo più si agisce in possessorio; ed in vece degli interdetti, abbiamo le azioni possessoriali, di che si tratta nella procedura civile, come a suo luogo sarà diffusamente esposto.

SEZIONE 5.

Della ipoteca, quarta specie del gius in re.

In tre maniere possono oggi i creditori cautelarsi per conseguire ciò, che loro è dovuto; cioè, o col mezzo della fidejussione, di che si tratta nelle leggi civili art. 1883, e segnenti; o col mezzo del pegno, di che parlasi dall' artico-

lo 1941 in poi; o finalmente col farsi costituire a loro pro una ipoteca, come è scritto nell' articolo 2000, ed in quelli, che sieguono. Col testamento si può costituire anche l' ipoteca (1). Ora questa ipoteca è appunto, che quì viene in proposito, mettendosi per l' ultima specie del *gius in re*, da cui emerge la quarta delle azioni reali.

Dai dottori, che seguivano i principii del diritto romano, si poneva il pegno per quarta specie del gius in re: *dominium, hereditas, servitus, pignus*. Noi quì al pegno abbiamo surrogata l'ipoteca, tenendo dietro alle disposizioni delle attuali nostre leggi civili. La differenza intanto è nei soli vocaboli, perchè la cosa è la stessa. Allorchè si dicea che il pegno era la quarta specie del *gius in re*, non si intendea parlare del pegno strettamente preso, come contratto, che quantunque reale, mentre col mezzo della cosa si perfeziona, partorisce però azione personale fra i contraenti; ma s' intendea parlare del pegno costituito su gl' immobili, ossia della ipoteca, da cui nasce l'azione reale a pro del creditore.

Egli è noto, che per diritto romano il pegno era una voce generica, che includea anche l'ipoteca. *Est res omnis pro debito obligata*; il Donello

(1) Stryk: de act. sect. II. membr. 5. §. 4.

sul testo di Giustiniano nel §. 7. *inst. de act.* (1). E trionfava allora il responso di Marciano: ***Inter pignus, et hypothecam, tantum nominis sonus differt*** (2).

Queste cose però valevano, quando parlandosi in materia, in vece di risalire alla stretta proprietà dei vocaboli, ed alla origine, ed indole della cosa, si rimirava piuttosto l'effetto della obbligazione, e la ragione della legge, che aveala inventata per cautelare i creditori, ed in questo senso si pronunciò ancora Giustiniano: ***Inter pignus, et hypothecam***, (***quantum ad actionem hypotecariam attinet***) ***nihil interest; nam de qua re inter creditorem, et debitorem convenerit ut sit pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur*** (3).

Onde a ragione ebbe a dire il Donello: ***ad iuris obligationem, et rationem nihil interest, quia nihilominus iuris habet is, cui non est tradita possessio*** (come è nella ipoteca) ***quam cui est tradita*** (come accade nel pegno), ***sed tantundem uterque ex aequo*** (4). Su questi principii, e sot-

(1) Ved. Vinn. ad §. 7. Inst. de act.
(2) L. 5. §. 1. D. de pign. act.
(3) §. 7. Inst. de act.
(4) Donel. tom. 6. pag. 859. ved. Vin. ad dict. §. 7.

to queste vedute adattate al pegno non si dubitava di riconoscere, e definire per pegno anche la cautela, che dà il debitore su gl' immobili, cioè l'ipoteca. *Is qui pignori dedit agrum*, è scritto nella legge 2. §. 9. *de relig.*

Del resto le stesse leggi romane, allorchè serbavano strettamente la proprietà dei vocaboli, e guardavano l'origine, e la natura della cosa, distinguevano bene fra il pegno, e l'ipoteca (1). Le nostre leggi civili ora hanno seguito precisamente questa distinzione. È definito, che il pegno consiste soltanto in una cosa mobile che si dà al creditore: ed è stabilito, che nell' immobile non si riconosce pegno, ma ipoteca (2). Si è tolto a buon conto ciò, che i romani abusivamente, per dire così, pronunciavano, e si è custodita strettamente la proprietà delle voci, che i romani stessi, allorchè ad essa attendevano, venivano a ravvisare. Onde oggi sono marcabili fra il pegno, e l'ipoteca quelle stesse notabili diversità, che le leggi romane, quando parlavano a rigore, aveano sanzionate.

Per diritto romano, e per le nostre leggi civili la ipoteca spira al tempo quando comincia

---

(1) Ved. i Dottori, e Gotifr. ad L. 5. §. 1. D. de pign. act.

(2) Art. 1941. 2000.

l' azione del pegno; finisce l' ipoteca quando si è pagato il debito: per contrario l' azione pignoratizia, quando il debito si è pagato, e non si trova restituito il pegno. Dal pegno nasceva allora, e nasce anche oggi l'azione pignoratizia, che è personale, perchè figlia del contratto, e compete ad entrambi i contraenti. Essa era per diritto romano o diretta, o contraria. La diretta competeva al debitore dopo pagato il debito, ad oggetto di poter egli ricuperare il pegno unitamente ai frutti, se mai ve ne fossero (1). Ed a questo oggetto oggi sono usciti gli articoli 1952, 1953 leggi civili. La contraria compete al creditore, se per avventura il debitore gli avesse ritolto il pegno, senza pagare pria il debito, o se nella restituzione del pegno, lo avesse ingannato, o finalmente se vi fosse stato luogo a ripetere qualche spesa necessaria occorsa sul pegno stesso (2). Ed a ciò corrispondono oggi gli articoli 1948, 1950 leggi civili. Ma sotto questi rapporti l' azione pignoratizia non viene quì ora in oggetto; mentre essa non è nella classe delle azioni reali. Siamo alla ipotecaria, e seguitiamo perfettamente le teorie poste dal diritto romano, quando in esso della ipotecaria, a stretto linguaggio, si trattava.

---

(1) L. 9. §. 3. L. 3. cod. de pign. act. L. 40. §. ult. D. eod.

(2) Dict. L. 3. L. 9. cod. de ping. act.

Nel diritto romano si conosceva la Serviana, e la quasi Serviana, che erano nelle classi delle azioni ipotecarie reali. La prima veniva dall'editto del pretore, da cui anche improntò il nome: la seconda nacque a similitudine di essa. La ragione è detta elegantemente dal Vinnio: *Nam iure civili nulla actione consulebatur iis, quibus res debitorum obligatae erant, cum possessio earum apud alios esse coepisset. Hoc igitur, cum Praetori Servio durum videretur, ipse actionem de pignore, seu hypotheca quibusdam in causis introduxit, quae postmodum eadem aequitate, suadente prudentum interpretatione, producta est, etiam ad alias causas, et species pignoris* (1).

È già noto, a che si riferiva la Serviana, e la quasi Serviana. E noi possiamo riportarci su di ciò agli articoli 1971, 2060, e seguenti leggi civili, non che all'articolo 2073 nel senso di volere il terzo possessore rendere libero il fondo, che ha. Queste azioni sono reali; e lo erano anche per diritto romano: *Pignoris persecutio in rem parit actionem* (2); e qui la voce *pignoris* vale lo stesso, che *hypothecae*, come è meglio spiegato nella *L. 18. Cod. de pign.* Ma perchè mai, nascendo il diritto dal contratto, ne emerge poi

(1) Vin. ad §. 7. Inst. de act. n. 2.
(2) Leg. 17. D. de pign. et hypoth.

l' azione reale? Lo dimanda benanche l' Oldendorpio, ed egli stesso ci risponde: *sed quare ista conventio* (cioè il contratto, con cui la ipoteca si stabilisce) *per expressum consensum, non producit actionem in personam? Respondeo: quia de pignore tractantes, non hoc intendunt, ut persona, sed ut res obligetur. Et sic ius quoddam in re velut pars dominii, a debitore constituitur creditori. Ergo non in personam ex huiusmodi conventione, sed in rem nascitur actio* (1). E da qui nasce, che questa azione ipotecaria non sia mai azione personale *scripta in rem minime vero actio pignoratitia*(2). È dunque reale questa azione per l'indole del contratto; ma essa è anche reale, perchè si rende esperibile contra qualunque terzo possessore, nel che sta la principale caratteristica delle azioni reali (3).

Nella quasi Serviana, oggi ipotecaria, il terzo possessore per effetto appunto del possesso, che ha della cosa immobile altrui obbligata, si rende passibile del *gius in re*. È classica la L. 16. §. 3, D. de pign. *et hypoth.* dove di cotesto possessore appunto si parla, come di colui, che può essere convenuto con l'azione reale chiamata ivi dal giureconsulto revindicatoria. *In reivindicationibus pignoris*: e si dice, che il possessore, o colui, che con dolo ha lasciato di possedere,

(1) Oldendorp. Class. 3. art. 10. n. 2.

(2) Boehmer. de act. Sact. I. cap. III. §. 5.

(3) L. Si fundus §. in vindicatione D. de pign. L. officium D. de rei vind. L. actionum D. de obl. et act.

pecuniam solvat, aut rem restituat; dal che ha preso origine l'articolo 2062 LL. civ. espresso in questi termini: *Il terzo possessore è tenuto a pagare..... o a rilasciare l'immobile ipotecato.*

Per lo privilegio poi del locatore nel perseguitare i beni mobili del suo conduttore (1), l'azione reale, che oggi compete, va di accordo con quello, che per legge romana era già stabilito. *Eos, qui acceperunt pignora, cum in rem actionem habeant privilegiis omnibus, quae personalibus actionibus competunt, praeferri constat* (2). La sola differenza, che passa fra la Serviana, e la quasi Serviana, è che con la prima si perseguitano gli immobili, con la seconda le cose mobili.

Le nostre leggi civili prescrivono, che l'ipoteca *non ha luogo fuori de' casi, e secondo le forme autorizzate dalla legge* (3). Dicono di più che *l'ipoteca, o è legale, o è giudiziale, o è convenzionale* (4). E spiegano finalmente, *che sono capaci di ipoteca, 1. i beni immobili, che sono in commercio, ed i loro accessorii, riputati come immobili*; 2. *l'usofrutto degli stessi beni, e de' loro accessorii pel tempo della sua*

(1) Art. 1971. LL. Civ.

(2) L. 9. Cod. qui pot. in pign.

(3) Art. 2001.

(4) Art. 2002.

durata (1). Dunque ne' casi, che la legge prevede, e che meglio sono spiegati dall'articolo 2007, fino all'articolo 2019, può aver luogo la triplice ipoteca, legale, giudiziale, convenzionale; e ne possono fare oggetto i beni immobili, ed i loro accessorii, sia per la proprietà, sia per l'usofrutto. L'azione ipotecaria, che ne sorge è sempre reale (2), e va diretta contra il terzo possessore, meno pei mobili accessorii degli immobili, che passando in mano al terzo, si sottraggono a questa persecuzione reale (3).

Subito che l'azione ipotecaria è reale, ne nasce, che anche reale sia ogni azione, che tende così a far dichiarare l'ipoteca, che a farla cancellare, o ridurre (4). E con questa azione reale, vengono eziandio ad essere animati i giudizii con i quali si rendono libere le proprietà dai privilegii, e dalle ipoteche ai termini del disposto nell'art. 2075, e seguenti LL. civ.: non che nell'art. 2093, e seguenti delle stesse leggi.

(1) Art. 2004.

(2) *Ex isto iure pignoris nascitur actio hypothecaria in rem contra quaemcumque possessorem* . . . . .

Nihil interest, an hypotheca sit expressa, an tacita. Denique non interest an hypotheca sit constituta a lege in specie dicta, an a lege, quam vivam appellant, id est a magistratu. Bacovio de act. disp. III. thes. 32. et seg.

(3) Art. 2005. LL. Civ.

(4) Art. 2051. e seg. LL. civ.

Si è detto quì che l'azione pignoratizia nascente dal contratto, che ha luogo tra il debitore ed il creditore è personale: e che all'opposto l'azione ipotecaria nascente anche dal contratto, ma esercibile contra il terzo, sia azione reale. Può sorgere intanto la curiosità di sapere, perchè mai i dottori han sempre trattate queste due azioni congiuntamente; ed in modo da far credere che appartenessero ad una sola classe. È avvertito anche ciò dal grande Oldendorpio; ma è da lui spiegato nei seguenti termini, che rimuovono ogni dubbio, e restano le cose nella loro indipendenza, ed integrità naturale.

Sed quaeres quam ob rem tractetur ista actio, (pignoratitia) in hac classe, quae lites de rerum dominiis comp'ectitur; cum potius in classem personalium actionum ex contractibus referenda videretur? Respondeo: cohaerent adeo istae pignorum controversiae, ut si separes eas, eversurus sis commodam illius materiae cognitionem: nec facile investigabis, quaenam tibi in controversis pignoribus competat formula, nisi totam uno in loco conspicias seriem actionum, quae pignoratitio iuri deserviunt. Satius igitur fuit contractum rebus misceri; quam interrupta meteria, neque rerum, neque contractuum plenam habere explicationem (1).

(1) Oldendorp. Class. 3. act. 12. n. 2.

CAPITOLO QUARTO.

Delle azioni personali.

Art. 21. L'azione personale è quella, che dà il diritto a convenire in giudizio la persona che è obbligata a dare, a fare, o non fare qualche cosa, per astringerla ad essere adempiente.

Essa è diretta ancora ad ottenere la rifazione dei danni, ed interessi nel caso di non seguito, o di ritardato adempimento.

Ed è esperibile eziandio contra gli eredi dell' obbligato.

Art. 22. L' obbligazione che dà causa all' azione personale, può nascere così dalla legge civile senza fatto espresso obbligatorio dell' uomo, come da un fatto positivo dell' uomo, capace ad obbligarlo civilmente.

Art. 23. Le azioni personali nascenti dalla legge civile senza fatto espresso obbligatorio dell'uomo, o hanno appoggio sulla

naturale equità, che la legge stessa riconosce e protegge, o hanno appoggio sulla nuda e semplice sanzione della legge, che così sovranamente impera.

Art. 24. Dalla naturale equità riconosciuta, e protetta dalla legge civile, discendono le seguenti azioni:

1. Quelle, che tendono a far arrestare, o far esibire un oggetto, sul quale si vanta proprietà, o un diritto qualunque:

2. Quelle con le quali si costringono i pubblici funzionarii, o altre persone, che hanno l'obbligo per legge di esibire carte pubbliche, o private, che riguardano l'interesse del richiedente:

3. Le azioni che danno luogo a dimandare in giudizio la esibizione, e la comunicazione dei documenti, sopra i quali appoggiano le ragioni delle parti litiganti:

4. Quelle che sostengono il diritto a ritenere ciò, che per sola obbligazione naturale si è pagato:

5. Tutte le azioni alimentarie, delle qua-

li si implora il nobile ufizio del giudice:

6. Le azioni, che danno diritto ai figli ad essere nudriti, mantenuti, ed educati dai loro genitori; non che quelle che competono alle figlie per reclamare le doti:

7. Tutte le azioni possessorie nascenti dagli interdetti di ritenere, o di ricuperare, in ogni caso di turbativa, o di spoglio:

8. Le resituzioni in intiero dei minori fatti maggiori: L'annullamento degli atti degli interdetti ai termini dell' art. 426 LL. civ. E tutte le azioni di nullità, e di rescissioni delle convenzioni, e dei contratti, quando vi concorre errore, violenza, o dolo:

9. L'azione a pretendere ciò che senza causa si è pagato, o per causa falsa, o illecita:

10. L'azione che dà luogo alla ripetizione di quello che fu pagato senza essere dovuto, sia che per errore, sia che scientemente si fosse esatto:

11. L'azione che dà diritto a ritenere i frutti percepiti con buona fede:

12. L'azione a rivocare le donazioni

per la sopravvegnenza dei figli del donante, o per la legittimazione col susseguente matrimonio di un figlio naturale nato dopo la donazione; o finalmente per causa d' ingratitudine ai termini dell'art. 880 LL. civ.:

13. L'azione che ha il tutore contra il minore per essere fatto indenne delle spese necessarie, ed utili fatte durante la tutela:

14. Tutte le azioni che hanno i vicini per la sola circostanza del vicinato, a chiedere il mantenimento, le ricognizioni, e le riparazioni necessarie dei muri, delle siepi, e delle fòsse comuni: ad acquistare la comunione del muro contiguo, o della parte che vuol rendersi comune, o la metà del valore del suolo su cui il muro è costrutto: a chiedere lo stabilimento dei termini di confine delle proprietà contigue: ad aprire le luci, o finestre nel muro contiguo non comune, con inferriate ed invetriate fisse: a dimandare il passaggio sui fondi vicini per la coltivazione del proprio podere, che si trovi chiu-

so da ogni lato senza avere alcuna uscita alla pubblica strada: E cose simili:

15. Tutte le altre azioni con le quali si vuol impedire, sotto la protezione della legge, che taluno si arricchisca indoverosamente col danno altrui.

Art. 25. Discendono puramente, e semplicemente dalla legge per effetto della sola sua sanzione le seguenti azioni:

1. Quella con la quale si reclama libera ed intera la quota legittima nelle successioni da coloro, a cui la legge l'attribuisce:

2. Le azioni che hanno gli eredi nel concorrere ad una eredità, a dimandare dal loro coerede la collazione di tutto ciò che abbia egli ricevuto dal defonto per donazione fra vivi; o di fargli ritenere le cose donate fino alla concorrenza della quota disponibile:

3. Le altre azioni che sono date agli eredi, a vantaggio dei quali la legge ha stabilito la riserva, loro eredi ed aventi causa, per chiedere la riduzione delle disposizioni tra vivi, o a causa di morte,

le quali avessero ecceduta la porzione disponibile:

4. L'azione ipotecaria legale accordata alle mogli sopra i beni dei loro mariti; ai minori ed agl' interdetti sopra i beni dei loro tutori; allo stato, ai comuni, ed ai pubblici stabilimenti sopra i beni degli esattori, ed amministratori obbligati a render conto:

5. L'azione che ha la moglie, o i suoi eredi dopo sciolto il matrimonio a ripetere la dote dal marito, il quale non fu diligente ad esigerla fra un decennio dal tempo in cui ne venne fatta la promessa:

6. L'azione a prendere, ed a sostenere in giudizio l'ipoteca giudiziale che deriva dalle sentenze, e dagli atti giudiziali:

7. L'azione che vi è a far dichiarare vuote di effetto le iscrizioni prese delle ipoteche, e dei privilegii, allorchè pria di trascorrere il decennio dal giorno della loro data non si trovino rinnovate:

8. Le azioni a sostenere tutte le servitù stabilite dalla legge per oggetto della utilità pubblica, o comunale:

9. Le azioni privilegiate, che competono ai creditori contra i successori ai maioraschi, ai termini dell'art. 960. LL. civ.:

10. Le azioni con le quali si astringono i tutori, e gli altri amministratori, i quali non possono ricusare di prestarsi alle funzioni che loro vengono conferite.

Art. 26. L'azione personale che nasce dal fatto obbligatorio dell'uomo ha luogo:

1. In tutti i contratti che hanno per legge una propria denominazione:

2. Nei contratti innominati:

3. Nei quasi-contratti:

4. In ogni patto, e convenzione riconosciuta, o non disapprovata dalla legge:

5. Nei delitti, e nei quasi-delitti.

In questo ultimo caso l'azione compete anche contra gli eredi, quando ad essi sia pervenuto utile dal fatto illecito del loro autore.

Art. 27. L'azione di garanzia in caso di evizione è personale, e si esercita dal compratore, o da chi lo rappresenta, contra il venditore, o colui che lo rappre-

senta, sia a titolo universale, sia a titolo particolare.

Essa è accessoria, o principale. Si reputa accessoria se viene intentata, e proseguita contemporaneamente alla azione di evizione, e nella medesima istanza: diviene principale quando è segnatamente intentata, e proseguita in giudizio.

Art. 28. Vi è l'azione personale reale *scripta in rem*, nel caso in cui un diritto nascente da obbligazione personale si rende esperibile direttamente anche contra il terzo che possegga i beni obbligati, malgrado che non vi sia fatto suo proprio, che lo abbia indotto in obbligazione.

In queste azioni il foro competente è quello della cosa sita.

Art. 29. Sono personali reali:

1. Le azioni, che competono ai creditori per impugnare gli atti fatti dai loro debitori in frode delle loro ragioni:

2. Le azioni, con le quali si attaccano i contratti per causa di violenza o di timore:

3. Le azioni tendenti a fare esibire gli oggetti, che si trovino presso chiunque, sopra i quali si vanta proprietà, o altro diritto:

4. Le azioni, che hanno i vicini ad allontanare dai loro fondi lo stillicidio, o lo scolo delle acque piovane.

SPIEGAZIONE DEL CAPITOLO QUARTO.

SEZIONE PRIMA.

Della definizione dell' azion personale, e dei suoi diversi caratteri, che la distinguono dalla reale.

Nelle azioni reali, che tutte nascono dal *gius in re*, due sono gli estremi, che debbono concorrere, cioè il *gius in re* dalla parte dell'attore, ed il possesso dalla parte del reo. E nelle azioni personali, che tutte scaturiscono dalle obbligazioni, anche due estremi debbono verificarsi, cioè il *ius creditoris* dalla parte dell' attore, e l'*onus debitoris* dalla parte del reo convenuto, come bellamente si esprime Ulrico Ubero (1). Quindi nella definizione della azione personale dovendosi enunciare queste idee, bene è detto, che essa comprende il diritto di astringere la persona a dare, a fare, o non fare qualche cosa; nel che si viene a seguire la definizione stessa, che ne diede Ulpiano, e dopo di lui l'imperadore Giustiniano: *in personam actio est, qua cum eo agimus qui obligatus est nobis, ad faciendum aliquid, vel dandum* (2). *In personam*

(1) Huber. Inst. lib. IV. tit. 6. n.° 4.
(2) Leg. 25. D. de obl. et act.

actiones, *quibus dare aut facere oportere intenditur* (1).

Ed in verità l'indole della obbligazione, da cui le azioni personali emergono, è appunto quella di astrignere le persone a dare, a fare, o non fare qualche cosa: *Stipulationum quaedam in dando, quaedam in faciendo consistunt* (2).

Il *dare* importa quì traslazione di dominio (3); ed il *facere* importa precisamente un fatto, una tradizione.

Alla obbligazione dunque di dare, o di fare corcorrisponde l'azione personale, nella quale si dice di più, che vi è il diritto a pretendere ancora di non fare; mentre può esservi obbligazione tanto a fare, quanto a non fare qualche cosa. Nell'uno, e nell'altro caso non varia il diritto di colui, che della obbligazione si giova, e ne trae l'azione. *Non facere, et facere eadem effectu esse, et retro, facere, et non facere; sic ut actioni ex stipulatu semper locus sit, poenaque committatur* (4). Ed il Giureconsulto nella *L. 60 D. de condit. et demonstr.* avea detto: *ut quid detur, ut quid fiat;* ed avea spiegato, che il *fiat* potea portare a stipulazione così

(1) §. 15. Inst. de act.

(2) L. 2. princ. D. de verb. obl.

(3) L. 75. §. 10. D. de verb. obl.

(4) Gotofr. Op. minor. pag. 1047.

affermativa, che negativa: *fiat, vel non fiat .... qui id quod in faciendo stipulatur.* Ma nelle nostre attuali leggi civili art. 1055 il tutto è detto chiaramente: *Il contratto è una convenzione, con la quale una, o più persone si obbligano verso una, o più persone a dare, a fare, o a non fare qualche cosa.*

Il fatto però, che o affermativamente, o negativamente può trovarsi nella obbligazione, allorchè con l'azione si viene a chiedere, può risolversi in rifacimento di danni, ed interessi. Nella obbligazione di fare, dove si trova l'origine della azione, sta sempre il fatto con l'obbligo preciso di doversi adempiere: ma nello sperimento della azione non potendosi, o non volendosi prestare il fatto, resta surrogato ad esso l'obbligo del rifacimento de'danni. Questo intanto non altera punto la difinizione della azione, la quale sta sempre bene, esprimendo soltanto il diritto di astringere al fatto, e non estendendosi ai danni, ed interessi. La ragione si è, perchè al tempo della dimanda, con cui l'azione si deduce in gudizio è ignoto se il reo possa, o voglia realmente fare ciò, a cui si è obbligato. L'azione quindi è sempre bene definita, mentre lo richiama a questi doveri, che corrispondono alla sua obbligazione. Dopo la contestazione poi fatta in giudizio, scuoprendosi o la impossibilità del reo, o la sua contumacia nello adempiere al fatto, questa sua condotta, che soprav-

viene, fa risolvere l'obbligazione di fare, in rifacimento di danni. Cambia dunque l'obbligo pel nuovo fatto del reo, e quindi si cambia l'istanza della causa, ma l'azione fu sempre bene da principio intentata, e restò ben definita: ***Sed recte dicemus, hac formula, aio te facere oportere nudam contineri intentionem actoris, quae litem contestatam praecesserit. Utique enim quod promissum erat significandum fuit, atque apud Praetorem proponendum; et quia fieri poterat, ut reus promissum negaret, haud dubie a Praetore quoque insertum fuit formulae, hoc forte modo: Si paret Maevium facere debuisse, nec fecisse, quanti interest condemnetur: Praetore ex hypothesi facti promissi, et probati dirigente iussionem de condemnando, non in ipsum factum, sed in id, quod interest*** (1).

Ed è perciò, che nella dimanda giudiziale, in cui l'azione si deduce, allorchè si tratta di chiedere l'esecuzione di un fatto, si accoppia anche subordinatamente la istanza per i danni, ed interessi, i quali virtualmente contengonsi nella azione che va a dedursi. Allora si avvera che l'azione personale, nello sviluppo del giudizio viene ad essere anche diretta al rifacimento dei danni ed interessi. Per

(1) Vinn. ad §. 1. Inst. n. 13. Ved. Bachov. disp. IV thes. 1. pag. 120.

questa ragione appunto noi qui nel piantare l'articolo sulla definizione della azione personale abbiamo aggiunto il comma: *Essa è diretta ancora ad ottenere la rifazione dei danni ed interessi, nel caso di non seguito, o di ritardato adempimento.*

Resta intanto il dubbio, se la definizione della azione personale da noi espressa nel modo già detto, sia veramente esatta, o pure possa credersi monca e difettosa, come già i dottori hanno voluto avvertire sul testo di Giustiniano nel rapportato §. 15 delle Instituta: *In personam actiones, quibus dare aut facere oportere, intenditur.* Si è censurata questa definizione, perchè mentre in essa parlasi dell'obbligo di dare, o di fare, al cui adempimento l'azione personale principalmente è rivolta, con queste due espressioni soltanto non si abbracciano tutte le altre obbligazioni, che a tutto il resto delle azioni personali possono dar fondamento. *Nam illae, quibus intendimus adversarium dare aut facere oportere, non conveniunt omnibus actionibus in personam, sed plerisque, et maxime quibus dare, iis, quae in specie dicuntur condictiones: Sunt vero et aliae aliis in personam actionibus accomodatae, quibus nec ut quid nobis detur, proprie, nec ut fiat, petimus: Sed quibus*, verbi causa, *intendimus adversarium tradere, aut restituere oportere; ut in actione com-*

modati, *depositi*, *pignoratitia*. Il Vinnio (1).

E sparso così il dubbio nella cosa, si è dato un passo in dietro nelle istesse Instituta di Giustiniano al §. 1 *de act.*, dove, parlandosi delle azioni personali, si vede fatta una soggiunta al *dare*, *facere oportere*, in questi termini: *quo casu proditae sunt actiones in personam, per quas intendimus, adversarium ei dare, aut facere oportere, et aliis quibusdam modis.* Si è detto dunque che in questa appendice: *et aliis quibusdam modis*, viene a contenersi l'ampliativa della definizione, così che vada poi ad abbracciare tutte le altre specie di obbligazioni, che possono immaginarsi. I modi indefiniti, che si disegnano sotto il *quibusdam*, non hanno limitazione, e si estendono a tutte le obbligazioni che sono nel novero dei possibili. In questa opinione sono Francesco Ottomano, il Minsingero, ed il Bacovio, il quale ultimo si esprime così: *Ut existimari possit, Justinianum dicto §. 1. adiecisse haec verba, et aliis quibusdam modis, ut haec ad illas actiones referrentur, quibus illa formula non quadrat, cum praesertim in tanta diversitate actionum personalium, certa, et ex aequo omnibus competens formula dari nec posse videatur. Et*

(1) Vin. ad §. 1. Inst. de act. n. 14. Ved. Bachov. disp. IV. Thes. 1. tit. 6.

hinc formulas illas ordinarias referemus ad condictiones, quae praecipuam partem faciunt actionum personalium (1). La stessa opinione è seguita dal Vinnio, e da Ulrico Ubero (2).

Per contrario sotto le rapportate parole di Giustiniano, *aliis quibusdam modis*, il Vultejo intese adombrate le azioni pregiudiziali, il Donello intese i delitti, ed i quasi-delitti, ed il Cuiacio, seguito dal Wissembachio, volle intendere le azioni personali *scriptae in rem*; così che in mezzo a questa discrepanza di opinioni la cosa è rimasta nel dubbio, *et aduc sub iudice lis est.* Certamente ogni opinione ha i suoi appoggi, e lo stesso Ubero, che si determina a seguire l'Ottomano, ed il Vinnio, soggiugne. *In qua explicatione libenter adquiescimus, tametsi forte nec reliquae interpretationes omnino reiiciendae fuerint* (3).

Noi intanto, che nel presente trattato anderemo a seguire la opinione del Cuiacio, e del Wissembachio, ritenendo che Giustiniano nelle espressate parole, *et aliis quibusdam modis*, volle adombrare le azioni personali *scriptae in rem*, siamo obbligati ad arrestarci alla definizione della azion personale da lui data al §. 15 nel modo già di sopra espresso, che non eccede la formola: *in personam*

(1) Bachov. dict. Disp. IV. Thes. 1 tit. 6.
(2) Hub. ad tit. Inst. de act. n. 6.
(3) Huber. dict. loc.

actiones, quibus dare aut facere oportere intenditur. E crediamo che generalmente pel conto delle azioni personali qualsivogliono, il tutto si riduca a dare, fare, o non fare qualche cosa. Abbiamo ammirata la definizione che ha voluto adottare il signor Henrion de Pansey rinomato giureconsulto, nel suo trattato de la Competence des Iuges de paix nei seguenti termini: « Les actions personelles, » sont celles par lesquelles nous agissons contre » quelq'un pour le forcer à exécuter les engagemens » qu'il a pris avec nous, ou pour obtenir de lui la » réparation des dommages qu'il nous a causé (1) ». Ma qui, cambiato solamente il suono delle parole, tutto può ridursi al dare, o fare qualche cosa; anzi non compreso espressamente l'obbligo di non fare. Abbiamo letto ancora attentamente l'altra definizione, che trovasi nel progetto sulla materia delle azioni, e delle eccezioni dato fuori al 1809 dalla Corte di Cassazione di Francia, che, secondo la traduzione fatta in Milano, è così espressa: *L'azione personale è quella per cui si agisce giudizialmente contra colui, che ci è personalmente obbligato in virtù di una obbligazione convenzionale, o di un obbligo senza convenzione. Essa ha per oggetto ogni sorta di prestazioni, o la nullità, o la rescissione di un'atto il-*

(1) Henrion chap. XI.

legale, *o illegittimo*, *o la riparazione di qualche danno* (1). Ma qui ancora, salvo tutto il rispetto dovuto ai sommi uomini che ne furono gli autori, sembra che tolta di mezzo una soverchia ricerca di espressioni, la quale particolarizza dei casi, e non s'impegna nella generalità dell'oggetto che si definisce, la cosa par che vada a ridursi alle sole idee relative all'obbligo di dare, fare, o non fare. Finalmente non ci è sfuggita l'ultima definizione adottata dal signor Poncet scrittore egregio del Trattato delle azioni, il quale per nostra buona sorte combina perfettamente con le nostre idee. Egli dice: *L'azione personale è quella*, *che si esercita contra il tale individuo*, *personalmente obbligato a dare*, *a fare*, *o non fare qualche cosa*, *a fine di farlo condannare ad adempiere la sua obbligazione.*

E vaglia la verità, è ben conosciuto in legge, che sotto i due verbi *dàre et facère* si contenga un' ampio significato, che può abbracciare indefinitamente ogni atto che importi fatto preciso, oppure tradizione, restituzione ec. ec. In quanto al *dare* è scritto espressamente in due luoghi del Codice Giustinianeo, e nel Digesto, che importa anche *tradere* (2). Ed in quanto al *facere*, così

(1) Ved. Teorie delle azioni, e delle eccezioni. Milano 1809. sez. I.

(2) L. unic. Cod. de Thesaur. L. 5. §. 12. D. commod.

si spiega il giureconsulto Papiniano: *Verbum facere omnem omnino faciendi causam complectitur, dandi, solvendi, numerandi, iudicandi, ambulandi* (1). Ed a questo modo nel *dare*, e nel *facere* di Giustiniano si trovano il *tradere* ed il *restituere*, che dee verificarsi nel commodato, nel deposito, e nel pegno.

Poi, per quello che oggi riguarda noi, bisognerebbe cominciare a correggere l'art. 1055 delle leggi Civili; ove dandosi la definizione generale dei contratti, e delle convenzioni, dalle quali certamente le azioni personali scaturiscono, si dice: *Il contratto è una convenzione, con la quale una o più persone si obbligano verso una o più persone a dare, a fare, o non fare qualche cosa.* Il legislatore quì ha in veduta tutte le convenzioni che generalmente definisce, e certamente vi abbraccia il commodato, il deposito il pegno, nei quali contratti si dee consegnare e si dee restituire. Allorchè poi il legislatore passa a parlare di questi particolari contratti, si serve delle espressioni di *restituire*; ma è nello spirito della legge, che la restituzione espressa letteralmente nel caso particolare, sia virtualmente compresa sotto le generali espressioni adoperate nella generica definizione dei contratti.

(1) L. 218. D. de verb. sign.

Finalmente, tornando a Giustiniano, non troviamo noi ragione a persuaderci, che egli al §. 15 delle Instituta volle parlare soltanto delle così dette *condictiones*, e che nel §. 1. sotto la soggiunta *et aliis quibusdam modis*, intese estendersi a tutte le altre specie di azioni personali. Se ciò fosse, lo avrebbe egli stesso spiegato al §. 5., dove appunto versò sulle *condictiones*, e precisamente spiegò tutto quello che per diritto civile allora valeva sul conto di questa tecnica voce, *condictio*, dimostrativa di una specie di azioni personali. Basta leggersi il §. 5. per restarne convinto.

Sta dunque ben esatta, compiuta, e non censurabile la definizione della azion personale nel modo da noi espresso. Come poi le azioni personali differiscano dalle reali, fu detto già, e spiegato da Ulpiano nella classica *L. 25. D. de obl et act. Actionum genera duo sunt, in rem, quae dicitur vindicatio, et in personam quae condictio appellatur. In rem actio est, per quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus: et semper adversus eum est, qui possidet. In personam actio est, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid, vel dandum. Et semper adversus eumdem, locum habet* (1). Ecco quì defi-

(1) L. 25. D. de obl. et act.

finita l' azion personale in contrapposizione alla reale, è marcata la differenza, che passa fra esse entrambe.

Il Cuiacio nel determinare l' oggetto, e gli effetti della azion personale, posti al confronto della reale, si spiega in questi termini: *In rem actio solum possessorem tenere, non debitorem. Intenditur enim adversus eum, qui nihil debet, idest qui nullo iure obligatus est §. 1 Inst. de act. Intenditur in personam, quae possideat rem alienam quasi dominus. Proinde mutato possessore, mutatur etiam adversarius; et iudicium transfertur in novum possessorem, nec semper adversus eumdem datur; sed prout ambulat possessio, ita et ambulat actio, et subinde mutat adversarium. Actio autem in personam, ait* (Ulpianus) *semper dari creditori adversus debitorem ei obligatum ex contractu, vel ex delicto, vel ex aliis causis, quae his proximae, et adfines sunt: nec in hoc iudicio unquam. mutari adversarium, sed id semper dari adversus eumdem, vel adversus heredem ejus.... actio ergo in personam semper adversus eumdem dari* (1).

Ed il Boemero con più precisione, ma con maggior dettaglio fra queste due azioni si pro-

(1) Cuiac. tom. 8. pag. 353. in fin. 354.

nunci così: *Natura realium est (1) quod tantum ei dentur, qui ius in re habet: adeoque (2) illud probare debeat: (3) dentur contra omnem possessorem, et sic exceptio plurium heredum cesset (4): extincta re, evanescant: §. 25. Instit. de rer. divis. (5) praescriptionum terminum accipiant ex ipsarum rerum usucapione: (6) dentur ad declarationem iuris in re, quippe quod ab adversario in dubium vocatur: (7) Instituantur potissimum in foro rei sitae. Natura personalium est* (1) *quod dentur eis, qui ius ad rem ex alterius obligatione habent*: (2) *adversus eum duntaxat, qui nobis obligatus est, non quemvis possessorem, adeoque in his exceptio plurium heredum attendatur*: (3) *durent, licet res extincta fuerit*: (4) *et quidem ordinarie detur intra 30 annos* (5) *ad declarandum alterum dare vel facere oportere* (6): *quod instituantur in foro domicilii, contractus, vel delicti* (1).

A buon conto la distinzione comincia dai vocaboli = *ius in re*: *ius ad rem*: sebbene quì, come avverte l'Ubero, si segue la dicitura del diritto canonico, e non già del diritto civile. *Canonistae Doctores inculcant alios; aiunt enim, omne ius vel in re esse, vel ad rem, cap. 8 de con-*

(1) Boehm. de act. sect. I. cap. III. §§. 3. e 4.

cass. praeb. in 6. et cap. 40. de praeb. in 6. quemadmodam latius apud eos, qui volumina de iure in re, et ad rem publicarunt, videre licet. In iure Romano haec oppositio terminorum nusquam reperitur, neque a purioribus huius saeculi interpretibus usurpatur, quod utrumque argumento est, eam neque elegantem esse, neque necessariam; sed qui ius in rem, et in personam dicere contenti sunt, loquuntur tersius, et loquuntur plenius (1). In fatti nel rapportato passo di Giacomo Cuiacio si legge: *In rem actio*: *actio in personam*.

Ma che che sia dei vocaboli, in quanto alla cosa, tutta la teoria sta in queste proposizioni. Nelle azioni reali non si guarda obbligazione, ma possesso (2): nelle personali non si ricerca possesso, ma obbligazione. E quindi le azioni reali si indirizzano sempre contra il possessore, le personali contra le persone obbligate. Nelle reali la ragione di agire sta nel possesso: nelle personali è riposta nella obbligazione, che è attaccata alle persone, *cuius ossibus inhaeret, ut lepra leprosum*, al dir dei dottori, e passa ai loro credi. E di quì è che Teofilo ebbe a dire, che la obbligazione è la madre delle azioni, intendendo già delle personali; mentre essa

(1) Huber. digress. lib. IV. cap. IV.

(2) L. 17 D. de pign. et hypoth. L. huic. Cod. de alienat. iudic. mut. caus.

le produce, ed in certo modo le partorisce in giudizio, secondo l'espressione del giureconsulto Paolo (1).

SEZIONE 2.

Delle varie specie delle azioni personali.

Siccome la causa delle azioni personali tutta riposta nelle obbligazioni; così le loro diverse specie vanno appresso alle varietà, ed alle distinzioni che nelle obbligazioni si ravvisano. Però egli è a premettere, che mentre ogni azione personale è figlia delle obbligazioni, non ogni obbligazione per contrario è madre feconda di azioni. Le obbligazioni si estendono là dove non sempre giungono le azioni; lo che ha bisogno di particolare sviluppo.

L'obbligazione è un vincolo di diritto, che lega gli uomini l'uno verso l'altro a dare, a fare o non fare qualche cosa. Cotesto vincolo dee trovar sempre la ragione nella legge; altrimenti non può essere obbligatorio. La legge civile che riconosce, e protegge tali vincoli è sempre uniforme in questi casi alla legge naturale, da cui prende forza e vigore; ma non per contrario; mentre la

---

(1) L. 42 §. 1 D. de procur.

legge naturale riconosce delle obbligazioni, che la legge civile non protegge. Di queste obbligazioni meramente naturali fanno menzione le leggi civili art. 1188. Più: le obbligazioni o vengono direttamente, ed immediatamente dalla legge, senza fatto alcuno obbligatorio dell' uomo; o vengono, col mezzo di questo fatto, che però dalla legge stessa sia riconosciuto, e protetto. Nel primo caso l' obbligazione può essere o puramente naturale, o puramente civile, o mista, secondo che essa è dettata o dalla legge naturale solamente, o dalla sola legge civile, o da esse entrambe che si combinano insieme. Nel secondo caso riguardante il fatto obbligatorio dell' uomo addiviene altrettanto, perchè cotesto fatto, che è in mezzo, si può presentare sotto un triplice aspetto, come riconosciuto dalla sola legge naturale, o dalla sola legge civile, o da esse entrambe.

Questi sono i principii che si confanno alle obbligazioni. Nelle azioni in alcuni casi essi convengono, in altri no. Ogni azione viene dalle leggi, cioè dee essere dalla legge dettata, ed approvata, egualmente che l' obbligazione, da cui essa emana. E quì le cose sono di accordo. Ma nelle obbligazioni imperano due leggi, cioè la naturale, e la civile: nelle azioni impera la sola legge civile, mentre non è data azione civile per le obbligazioni puramente naturali. Più: vi può esse-

re azione civile anche quando non vi è che semplice obbligazione civile senza concorrervi l' obbligazione naturale; come sarebbe nelle ipotesi di una ingiusta sentenza passata in cosa giudicata, la quale, ciò malgrado, dalla legge civile è protetta, e porge l'azione *ex re iudicata.* Quindi se l'azione viene direttamente dalla legge senza fatto obbligatorio dell' uomo, per legge allora s'intende la sola legge civile, il cui dettame presenti un' obbligazione o mera civile, o mista. Se l'azione appoggia a fatto obbligatorio dell' uomo, cotesto fatto debbe essere riconosciuto, ed approvato parimenti dalla legge civile, come produttivo di azioni: e si esclude ogni altro fatto, che per sola legge naturale possa indurre obbligazione. La ragione si è, perchè lo sperimento dell' azione è un mezzo puramente civile, e non è un mezzo naturale da chiedere in giudizio l'adempimento delle obbligazioni (1).

Su questi principii è basata tutta la teoria delle azioni personali, le quali, mentre nascono dalle obbligazioni, non includono però, se non le sole obbligazioni, che la legge civile riconosce; e non ammettono fatti obbligatorii dell' uomo, se non quelli che dalla legge stessa civile sono protetti. E perciò Giustiniano nel definire l' obbligazione,

(1) Ved. Bacovio Thes. XII. in not.

come quella che era produttiva di azione civile disse: *est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius rei solvendae, secundum nostrae civitatis iura* (1). Nel dire *iuris vinculum* intese parlare del diritto civile, mentre il vincolo nascente dal diritto naturale, è chiamato *vinculum naturae et equitatis* (2); e nel soggiugnere *secundum nostrae civitatis iura*, restrinse l'intelligenza generale delle obbligazioni a quelle soltanto, che dal diritto civile si riconoscono, per farle produttive di azione. Egli spiegò che il vincolo, di cui parlava, portava necessità di adempimento: *quo necessitate adstringimur;* e questa necessità all'adempimento col pericolo di esservi astretti, non verrebbe a noi per effetto della obbligazione, se dalla obbligazione non nascesse l'azione, capace a tradurci in giudizio, e farci condannare. *Quae necessitas in eo consistit, ut nisi obligatus prestet id quod debetur, iure, iudicioque experiri cum eo hoc nomine liceat, invitumque ad solutionem compelli.* Il Vinnio (3). Ed il Cuiacio: *Obligatio igitur definitur ea tantum, quae nos adstringit necessitate ex causa aliqua civili, et legitima. Quia non quaelibet causa necessitatem parit, vel actionem.*

(1) Princ. Inst. de oblig.
(2) L. 45. §. 4. D. de solut. L. 84. §. 1. de reg. iur.
(3) Vin. ad princ. Inst. de obl.

Dalle cose premesse risulta, che le azioni personali debbono trarsi da due fonti, avuto riguardo alle obbligazioni, da cui sono animate, cioè o dalla legge, o dal fatto obbligatorio dell' uomo; come si vede già posto in massima nelle nostre attuali leggi civili, art. 1324. I dottori con termini tecnici han chiamate *native* le azioni dipendenti dal fatto obbligatorio dell'uomo, e *dative* quelle che nascono dalla legge (1).

Intanto non ignoriamo che vi sono degli scrittori legali, i quali han voluto guardare le azioni personali sotto un triplice aspetto, ritraendole cioè 1. dalla equità naturale, 2. dalla legge, 3. dal fatto obbligatorio dell' uomo. Ma questa opinione, salvo tutto il rispetto dovuto ai suoi fautori, oltrechè non è uniforme ai principii della nostra attuale legislazione, non si rende anche perfettamente legale sotto il primo rapporto che presenta. L'azione civile, per le cose già dette, non può mai sorgere dalla sola equità naturale, che è protetta dal diritto della natura, e delle genti, senza l' accompagnamento della legge civile. La nuda e semplice obbligazione naturale lega gli uomini per le regole della onestà, e nel foro della coscienza; ma non obbliga civilmente (2). Ne diede un esempio il

(1) Stryk. tom. II. disp. 16. cap. I. Boehm. de act. sect. II. cap. V. §. 5.

(2) L. 45. D. de pact.

giureconsulto Ulpiano, il quale non accordò azione contra il possessore della eredità per la sola obbligazione naturale ad ἀντίδωρα.(1) Nel foro civile si richiede la obbligazione civile, *giusta*, al dir del Donello (2); cioè quella che contiene in se la ragion naturale, e la civile congiuntamente. Per la ragion naturale essa è giusta, per la ragion civile, essa è legittima a produrre il vincolo che porta la necessità dell'adempimento. E quindi essa risulta una obbligazione mista, da cui solamente può nascere l'azione. Ed è da quì, che la legge, allorchè parla della obbligazione *absolute*, *ac simpliciter*, intende sempre della obbligazione civile mista, che si contropone alla naturale (3); siccome parlando del debitore, che da questa obbligazione è ligato, intende di colui, *a quo invito exigi pecunia potest* (4).

Se dunque non ogni obbligazione, nascente dalla equità naturale è protetta dalla legge civile, non è necessario di riguardare l'azione personale nel primo suo aspetto sotto il rapporto della naturale equità. Sarà ciò vero, ma quando vi concorre il diritto civile, come da qui a poco vedremo; ed allora

(1) L. 25. §. 11. de hered. petit. Ved. Bruneman. ad dict. L. Duaren. ad tit. de condict. indebit. cap. 6.

(2) Donel. de jur. civ. lib. XII cap. IV. n. 1.

(3) Donel., dict. loc. n. 2.

(4) L. 108 D. de verb. sign.

tutta la forza viene dal diritto civile, e non dalla equità naturale. Si senta il Boemero: *obligatio omnis ultimo descendit ex lege, cuius est, necessitatem seu vinculum, quo ad aliquid praestandum adstringatur debitor, eidem imponere. Hac deficiente, obligatio externa in foro civili deficit, ut ut ex regulis honestatis, quae a lege civili specialiter haud confirmata est, obligatio interna producatur, destituta effectibus civilibus* (1).

Resta dunque fermo, che ogni azione personale o viene dalla legge assolutamente, e direttamente, o viene dal fatto dell' uomo, che la legge stessa riconosce, e protegge. Con questa regola può fissarsi la principale divisione delle azioni personali, riducendosi a queste due classi. Se non che trattandosi della prima classe, questa si suddivide in due specie, mentre vi sono delle azioni personali, che sono protette dalla legge sull' appoggio della naturale equità, e vi sono delle altre, che la legge sola riconosce, ed introduce non per principio di equità naturale, ma per forza sovrana, ed assoluta della sua sanzione. Noi parleremo di queste classi, e di queste specie ripartitamente.

(1) Boehmer. de act. sect. II. cap. V. §. 3.

SEZIONE 3.

Delle azioni personali, che nascono dalla legge sull' appoggio della equità naturale.

I. In primo luogo si presenta qui l'azione *ad exhibendum* (1); la quale per diritto Romano dava luogo ad un giudizio preparatorio alla revindicazione delle cose mobili. *Actio personalis, quae datur ei, cuius peculiariter interest rem exhiberi. L. 13. D. ad exhib. ad hoc ut rem mobilem aut scripturam exhibeat. L. 6. D. ad exhib. L. 56. D. de obl. et act.* (2) Il fondamento di questa azione non è certamente nel fatto di colui, che tiene la cosa da esibirsi. Cotesto fatto rende si bene capace il detentore a ricevere in se l'azione, ma non è un fatto suo obbligatorio donde l'azione possa emergere. Si dubitò un tempo fra i dottori nel definire questa azione, e quasi indovinando si giunse a dire ch'essa era un azione *irregolare.* Ma con ciò si dava una mentita al giureconsulto Ulpiano, il quale nettamente la chiamò azione personale. *Est autem personalis haec actio* (3). Sicchè venne poi a dirsi

(1) L. 3. §. 8. D. ad exhib.

(2) Stryk. tom. XI. disp. XVI. pag. 1.

(3) L. 3. §. 3. D. ad exhib.

con molto buon senno che l'azione fosse personale, ma *scripta in rem*, sul motivo che essa racchiudea una obbligazione, se non nel fatto obbligatorio del detentore che certamente non ve ne era, almeno nei principii della equità naturale. *Nam habet ista actio magnam obligationem ex qua nascatur. Ea autem procedit ex summa aequitate. Quid enim iustius, quam ut mihi sine ullo tuo detrimento rem exhibeas? Si fuerit mea, bene quidem: sin minus, nihil amittis exhibendo.* L'Oldendorpio (1). Ora la naturale equità che si racchiude in questa azione è protetta espressamente dalla legge civile, e quindi anima legittimamente l'azione stessa (2). E l'avea anche detto il giureconsulto Paolo. *Qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est, haec equitas sugerit, et si iure deficiamur* (3); nella qual proposizione sta il principio che sostiene l'equità naturale di questa azione.

Oggi nelle revindicazioni dei mobili non si riconosce più l'azione *ad exhibendum*, restando surrogato ad essa il sequestro ad oggetto di revindicazione (4). Ma sicuramente nel sequestro la

(1) Oldendorp. class. 3. act. 1. n. 2.

(2) L. 13. D. ad exhib.

(3) L. 52. §. 5. D. de acq. et acq. pluv. arc.

(4) Art. 909, e seg. proc. civ.

stessa azione è fusa, altrimenti non vi sarebbe diritto a dimandarlo in giudizio.

Del resto pare, che questa azione ad *exhibendum* possa competere anche oggi ai stretti termini del diritto romano in altre occasioni, e precisamente quando siavi luogo a pretendere un legato di scelta, giusta gli articoli 976, 977 LL. civ. Certamente Ulpiano non circoscrisse l'azione *ad exhibendum* alle sole revindicazioni. Egli disse: *Haec actio perquam necessaria est, et vis eius in usu cottidiano est, maxime propter vindicationes inducta est* (1). E con ciò non escluse, oltre alla revindicazione, altri casi ancora, nei quali potesse aver luogo. Ma poi soggiunse: *sciendum est autem non solum eis quos diximus competere ad exhibendum actionem, verum ei quoque cuius interest exhiberi.* E nel tempo stesso espressamente spiegò: *item si optare velim servum, vel quam aliam rem, cuius optio mihi relicta est, ad exhibendum me agere posse constat, ut exhibitis, possim vindicare* (2).

2. In secondo luogo si offre l'azione *de edendo* sul conto dei cassieri e dei banchieri pubblici: *argentariae mensae exercitores rationes, quae ad se pertinent, edant, adiecto die et consule* (3).

(1) L. 1. ad exhib.

(2) L. 3. §. 9. §. 6. ad exhib.

(3) L. 4. princ. D. de edend.

Questa azione che quì viene dalla legge, ha tutto il suo appoggio sulla naturale equità: e lo confessa il giureconsulto stesso nel rapportato luogo: *Huius edicti ratio aequissima est: nam cum singulorum rationes argentarii conficiant, aequum fuit, id quod mei causa confecit, meum quodammodo instrumentum mihi edi.* (1) L' equità naturale è posta in principio, come causa efficiente della azione, che dalla legge viene adattata al caso, e protetta.

Oggi vi è luogo a questa azione nel convenire i Regii Notai, i Cancellieri e tutti i conservatori di carte pubbliche per la esibizione di esse, onde potersene far uso in giudizio, o fuora. Più: contra i Patrocinatori, e contra gli Uscieri, che si negassero ad esibire le produzioni, o le carte loro commesse per affari del loro ministero; ai termini degli art. 285. 922. e seguenti proc. civ.

Può aver luogo ancora quando si faccia il caso di doversi dimandare l'esibizione dei registri e delle carte domestiche per gli oggetti indicati nell' articolo 1285 LL. civ. E per quello che è scritto nelle nostre leggi di eccezione, certamente con l' azione *de edendo* al senso pretto delle leggi romane (2) si

(1) Dict. L. 4. §. 1.

(2) L. 1. §. 2.
L. 6. §. 6.
L. 10. §. 2. L. 9. §. 2. D. de edend.

convengono in giudizio i pubblici negozianti ad esibire i loro libri, e si obbliga il fallito alla esibizione del suo bilancio (1). Con la stessa azione i Sindaci dei fallimenti sono obbligati a rimettere ai Procuratori generali, ed ai loro sostituti i documenti, i titoli, le carte, e le indicazioni che loro si dimandano (2). *Idem* per ciò che è detto sul conto delle associazioni in partecipazione, che possono esser provate con la esibizione dei libri della corrispondenza (3).

3. Ma *edere*, al senso delle leggi romane, importa eziandio *copiam describendi facere, vel in libello complecti, et dare, vel dictare* (4). Ora in questo senso ancora può oggi agirsi ai termini degli articoli 282, 283 procedura civile per aversi la comunicazione dei documenti, dei quali la parte avversa fa uso in giudizio. Più: non altro è il principio che dà ora il diritto alle parti interessate di far ricercare dal regio Giudice il testamento nel tempo della apposizione dei sigilli, ai termini dell'articolo 994 procedura civile. Certamente qui un'azione *de edendo* è simboleggiata.

4. In quarto luogo viene l'azione che la legge dà a ritenere ciò, che volontariamente si è pagato per

(1) Art. 21. e seg. art. 462. LL. di eccez.

(2) Art. 595, e seg. LL. di eccez.

(3) Art. 58. dett. LL

(4) L. 1. §. 1. D. de edend.

sola obbligazione naturale. Le nostre leggi civili negano in questo caso il diritto a chiederne la ripetizione (1). E la ragione, si è perchè non soffre la naturale equità che taluno naturalmente obbligato, e riconoscente della sua obbligazione, dopo avervi adempiuto, ricorra all' asilo della legge civile, col disegno di frodare, ed arricchisca col danno altrui. I patti nudi dei romani, dopo che si erano eseguiti, non davano luogo a ritrattazione sulli stessi principii della naturale equità.

Per questa ragione la legge non accorda azione alcuna a ripetere ciò che si è pagato per debito di giuoco non proibito, o per una scommessa (2).

5. In quinto luogo si presentano tutte le azioni alimentarie, nelle quali si implora il nobile ufizio del giudice. Le persone che hanno il diritto agli alimenti, spingono innanzi le voci della natura, che dalla legge civile son protette: *necare videtur qui alimonia denegat* (3). Ma non a tutti è data questa azione, perchè non da tutti si possono ripetere sotto la protezione della legge i mezzi di sussistenza per vivere: bisogna che vi concorra o il fatto della generazione, o il fatto del matrimonio (4); o finalmente l'imperiosa cir-

(1) Art. 1188. LL. civ.

(2) Art. 1837. LL. civ.

(3) L. 4. D. de agnosc. et al. lib.

(4) Vedi Stryk. Sect. I. membr. II. §. 3. e seg.

costanza di uno stretto ligame di parentela, dove reclami la voce del sangue. Questi fatti però danno la causa occasionale all' azione, e non la producono, come fatto obbligatorio. La causa di origine tutta è riposta nella equità naturale, riconosciuta dal diritto della natura, e delle genti, ed approvata in ogni tempo dalle leggi civili.

6. Da quì l'obbligo dei genitori di nudrire, mantenere, ed educare i proprii figli: l'obbligo reciproco dei figli di alimentare i loro genitori, e tutti gli ascendenti che si trovino in bisogno (1). Da quì il dovere medesimo di alimentarsi a vicenda, che vi è tra l'adottante e l'adottato, e che la legge definisce *obbligazione naturale* (2); non che l'obbligo degli alimenti esteso anche ai figli adulterini, agli incestuosi, ed agli altri nati da condannate unioni (3). Trionfa sempre la teoria del Grozio, che appoggia sulle leggi della natura e delle genti: *Qui enim causa est ut homo existat, is, quantum in se est, prospicere ei debet, de his quae ad vitam humanam sunt necessaria* (4). Finalmente anche su questa equità naturale è fondata la ragione alimentaria, che la legge accorda alle persone diredate, quando non abbiano altronde mezzi

(1) Art. 193, 195. LL. civ.

(2) Art. 273. LL. civ.

(3) Art. 678 LL. civ.

(4) Grozio de iur. bell. et pac. lib. 2. cap. 7. §. 4. Vedi Puffendorf. de Iur. N. et G. lib. 4. cap. 11. §. 4.

da vivere (1). E perchè tra gli obblighi dei genitori vi è quello di procurare una decente collocazione dei figli, anche da questo principio nasce l'azione che la legge dà alla figlie, ad esser dotate dal padre, o dall'avo paterno, o anche dalla madre (2).

7. In settimo luogo vengono tutte le azioni possessorie, relative agli interdetti *retinendae vel recuperandae*, in ogni caso di turbativa o di spoglio. Vi è quì il fatto dell'uomo che dà causa movente all'azione, ma essa ha tutto il suo fondamento nella naturale equità, che persuade di dover essere garantito il possessore di buona fede, fino a quando non si dimostri, che vi è un diritto in contrario, capace a smontarlo dal possesso.

8. Subentrano poi le restituzioni in intiero, e precisamente quelle che competono per ragione dell'età (3). Come anche le azioni, che danno luogo a far dichiarare la nullità degli atti di coloro, nei quali esisteva una notoria causa di interdizione (4). Più: tutte le azioni di nullità, e di rescissione delle convenzioni e dei contratti, quando vi concorre errore, violenza, o dolo.

Oggi la nullità, e la rescissione dei contratti si son riunite per ciò che riguarda vizio nel consenso:

(1) Art. 854. LL. civ.
(2) Art. 194. LL. civ.
(3) Art. 700. LL. civ.
(4) Art. 426. LL. civ.

e si è spiegato, che la convenzione contratta per errore, violenza, o dolo non è nulla *ipso iure*; ma soltanto dà luogo ad agire per la nullità, o rescissione nei casi, e nei modi spiegati dalla legge (1), i quali trovansi indicati dall'art. 1258, e seguenti LL. civ. Dovendosi dunque in questi casi chiedere la rescissione, o agire in nullità, il fondamento dell'azione si ritrova nella equità naturale, secondo la quale non è permesso, che taluno resti obbligato senza avere validamente consentito.

9. Vengono appresso le così dette *condictiones sine causa — condictio ob turpem causam — condictio indebiti*; che corrispondono a ciò che nelle leggi civili è scritto negli articoli 1085, 1188, 1331. Si dice nell'articolo 1085 — *L'obbligazione senza causa, o fondata sopra una causa falsa, o illecita, non può avere alcuno effetto.* Se dunque siasi pagato in forza di questa obbligazione, vi è azione a ripetere *condictione sine causa*, e ciò per principio di equità naturale, riconosciuto dalla legge civile, e posto in risalto dal giureconsulto nella *L. 32. D. de reb. cred.*: *a te reddi pecuniam bonum et aequum est.* Si senta il Boemero. *Fundamentum huius actionis est, quod res mea ad*

(1) Art. 1071. LL. civ.

alterum sine titulo pervenerit, vel esse desierit (1). Lo stesso, se siasi dato per causa falsa o illecita, perchè allora: *accipiens obligatur ex aequitate naturali, ne iniustum lucrum faciat ex sua turpitudine; cum ex turpi causa rem tenere, sit ex nulla tenere;* il Boemero (2).

10. Lo stesso quando si verifica che siasi pagato ciò, che non era dovuto; nel qual caso si dice negli articoli 1188, e 1331, che vi è luogo a ripetizione — *condictione indebiti.* E l'origine della azione è marcata dal Boemero. *Primarium fundamentum est ex aequitate naturali, ne accipiens lucretur cum damno alterius* (3).

E questa azione compete, non solo a colui che paga, ma a chiunque altro ancora, che possa risentir danno dal pagamento non dovuto (4); *adeoque non is semper agit, qui solvit, sed qui ex tali solutione laeditur, qui tamen quasi contraxisse cum eo dici nequit* (5). Dal che si conferma, che questa azion di repitizione non è animata da contratto, ma sorge soltanto dalla naturale equità, che fa evitare il danno, e non permette il lucro inonesto; favorendo eziandio coloro

(1) Boehmer. de act. Sect. II. cap. V. §. 32.
(2) Boehmer. de act. Sect. II. cap. V. §. 23.
(3) Boehmer. de act. Sect. II. cap. V. §. 26 in fin.
(4) Arg. dall' art. 1119. LL. civ.
(5) L. 5. §. 3. D. de obl. et act.

che nel contratto non ebbero parte. Queste teorie valgono anche se siasi dato per una causa, che poi non sia seguita — *Causa data, causa non secuta. Fundamentum huius conditionis est, quod res non fuerit secuta ; et ita iniquum sit alterum datum retinere debere , quo ipso locupletior fieret cum damno dantis* (1).

11. Similmente dalla naturale equità nasce l'azione a ritenere i frutti percepiti con buona fede da colui, che è poi obbligato a rilasciare, o a restituire la cosa che non gli apparteneva. La dottrina quì è illustrata da scrittori di buon polso (2).

12. Subentra l'azione a rivocare le donazioni per la sopravvegnenza dei figli del donante, o per la legittimazione col susseguente matrimonio di un figlio naturale, nato dopo la donazione ai termini degli articoli 685, e 885 LL. civ. Sembra a prima vista, che quì l'azione venga unicamente dalla legge, la quale invalida tali atti nel caso preveduto, e rimette le cose come erano nello stato primiero. Ma non è così: Quì la legge, mentre ciò prescrive, non fa altro che seguire, e proteggere i principii della naturale equità. In fatti il padre che ha donato, o tutto, o parte dei suoi beni, nel

(1) Boehmer. de act. Sect. II. cap. V. §. 21.

(2) Ved. Struv. Exerc. 9. Thes. 23. Carpzov. Part. 3. c. 22. d. 28. n. 20 — Stryk. sect. I. membr. II. §. 49.

caso figurato si troverebbe privo dei mezzi, onde accorrere ai bisogni dei figli, e provvedere alla loro nudrizione, al loro mantenimento, ed alla loro educazione; al che è tenuto per diritto di natura, e per diritto civile (1). Non soffre dunque l'equità naturale che egli arricchisca gli altri, frodando i proprii figli di quei soccorsi che la natura gli avea già dati, e mettendosi nello stato di non aver più ricapiti per adempiere a ciò, da cui non può dispensarsi. Altro sarebbe il caso, in cui il padre andasse a ledere i figli nella loro quota legittima: questo fatto riguarderebbe i diritti successorii, dove la sola legge impera; come da quì a poco osserveremo.

La rivocazione della donazione per causa di ingratitudine ai termini dell'art. 880 LL. civ anche al principio di questa naturale equità è attaccata. *Huc referri potest revocatio donationis ob ingratitudinem, quo nomine datur condictio. L. 9. C. de revoc. donat. Fluit obligatio ad restituendam rem donatam ex aequitate naturali, ne sit cuiquam licentia, et alienas res capere, et frugalitatem irridere donatoris, et ipsum iterum donatorem suasque res perdere, et praefatis malis ab ingrato donationis acceptore affici*; *ut dicitur in cit. L. 9. Datur*

(1) Art. 193. LL. civ.

tamen haec actio tantum donatori, non eius successoribus; cit. L. 9. et quidem ob causas in cit. L. definitas. Il Boemero (1).

13. Sulla naturale equità appoggia la ragione del tutore contra il minore, per esser fatto indenne delle spese necessarie ed utili erogate durante la tutela: art. 394 LL. civ. Sia per quanto si voglia privilegiata la causa del minore, certamente egli non può arricchire col danno altrui.

14. Non altro principio, che quello della naturale equità, riconoscono tutte le azioni, che la legge accorda ai vicini per la sola ragione del vicinato, delle quali azioni è fatto un elenco nelle LL. civ. (2). Il tutto sta *super utilitate innoxia*, che dalla legge di natura è sempre protetta (3), e che le leggi civili in tutti i tempi han riconosciuta, e confermata. Si senta Samuele Strichio: *Hactenus de obligatione ex facto naturali, vel generationis, vel connubii oriunda actum est, sequitur iam adductum §. II. commune illud vinculum, quod per cognationem quamdam inter homines constituit natura, iuxta L. 3 D. de J. et J. vi cuius alter alteri illa, quae ad societatem inter homines conservandam quam maxime*

(1) Boehm. de act. Sect. 2. cap. V. §. 43.

(2) Art. 556. 584. 585. 590. 581. 582. 568. 597. ec.

(3) Grot. lib. 2. cap. 2. §. 11.

spectant, facere, vel, ut alter id faciat, pati tenetur, idque ex vi pacti taciti, quod inter concives, dum in societatem coiverunt, initum censetur. Quoties ergo aliquis sine damno suo, damnum alteri imminens avertere potest, toties ad hoc ex aequitate naturali obligatur. Quorsum pertinet aequissima iuris regula: Quod tibi non nocet, alteri vero prodest, ad id poteris compelli, L. 2 §. 5 D. de aq. et aqu. pluv. arc., ubi subiicit Ictus: hoc aequitas suggerit, etsi iure deficiamur (1).

Le nostre LL. civ. art. 1524. 3.° comma fanno discendere non dalla equità naturale, ma dalla legge queste azioni competenti ai vicini: ciò è vero, ma è vero eziandio, che la legge quì sostiene il principio dell' equità naturale, la quale dà causa alla azione, senza che vi interceda fatto alcuno obbligatorio dell' uomo. La nostra teoria dunque è uniforme ai principii delle LL. civ., mentre fa derivare le azioni in proposito dall'equità naturale, riconosciuta, e protetta dalla legge civile.

15. Finalmente sull' equità naturale appoggiano parecchie *azioni in factum*, quando con esse si risale al principio naturale, sostenuto dalle leggi civili: *quod nemo locupletior fieri debeat per iniuriam cum damno alterius* (2). Per esempio nel caso che il dolo del defunto abbia cagionato

(1) Stryk. de act. Sect. I. membr. 2. §. 38.

(2) L. 32. D. de reb. cred. L. 44. de reg. iur.

danno, non competendo allora l'azione di dolo contra l'erede, che non succede nel delitto, e nel dolo, si accorda l'azione *in factum, in id quod locupletior factus est*; e la ragione si è; *quia non debet lucrari ex alieno damno* (1). Più: mancando l'azione vindicatoria, si dà l'azione *in factum* contra l'erede di colui, che con dolo lasciò di possedere, come avverte Pomponio nella *L. 52. de rei vind.*; e ciò solamente per principio di equità naturale. *In factum actio adversus eos reddi debebit, per quam restituere cogantur, quanto locupletes ex ea re facti fuerint* (2).

Perdendosi il dominio di una cosa nel caso che vada a congiugnersi, e mescolarsi inseparabilmente con altra cosa aliena, la quale viene con ciò ad acquistarsi da altri con giusto titolo, e con buona fede per via di accessione, ai termini dell'art. 501 LL. civ., non compete allora azione reale al padrone della cosa confusa, perchè non vi è più, ma compete l'azione *in factum*, come decide il giureconsulto Paolo: *neque ad exibendum, neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est* (3). E tutta la ragione di questa azione personale *in factum* non ha quì altro sostegno, che quello della naturale equità,

(1) L. 28. 29. de dol. mal.

(2) Boehmer. de act. Sect. II. cap. II. §. 11.

(3) L. 23. §. 5. D. de rei vind.

SEZIONE 4.

Delle azioni personali che nascono direttamente ed assolutamente dalla legge.

Si obligatio lege nova introducta est, nec cautum eadem lege quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est (1). Questa azione che viene direttamente dalla legge diceasi per diritto romano *condictio ex lege*. Anche le altre azioni personali erano dette allora *condictiones*, avendo poi ben travagliato i dottori per indagarne la ragione (2); ma questa di cui trattiamo, per eccellenza si indicava con la detta denominazione. *Quamquam enim reliquae condictiones quoque ex lege immediate descendant: specialem tamen habent denominationem et naturam, qua inter se facillimen dignoscuntur.* Il Boemero (3).

Però questa azione *ex lege* va intesa nel caso unicamente, quando la sola legge agisce, senza che vi si frapponga un contratto, o un' atto qualunque, che dalla stessa legge abbia causa, mentre allora si agisce *ex contractu*, e non già *ex*

(1) L. unic. D. de condict. ex lege.

(2) Ved. Donell. ad §. 15. Inst. de act. Vinn. ad dict. §. 15. — Boehmer. de act. sect. II. cap. V. §. 13.

(3) Boehmer. de act. Sect. II. cap. V. §. 39.

lege, secondo la dotta teorica del Bartolo. ***Et sane Bartolus in d. L. 1. D. de cond. ex leg. rectissime scribit**: quod ubi est contractus negotii per talem legem introductus, semper esse agendum ex contractu. Cui consequens est, actionis formulam eo casu non ex lege, sed ex negotio qualecunque fuerit, nuncupandam esse; quo melius causa eius materialis intelligatur.* L' Oldendorpio (1). Ed il Boemero: *Ut scilicet nullum negotium certum et determinatum subsit, ex quo obligatio descendit, nullumque aliud fundamentum obligandi, quam lex nova adsit. Si adest novus centractus, ex hoc agendum, nec ad hunc actionem deveniendum, cum potius ex contractu nascatur* (2).

A buon conto, siccome per gli altri contratti che non hanno nome, sta l'azione ***in factum***, ***vel*** *praescriptis verbis*, così questa azione ***ex lege*** si intende in senso generale, e si presenta come innominata, che senza rapporto a verun contratto o fatto obbligatorio, viene a sorgere immediatamente dalla legge.

Nel diritto romano si incontrano molti esempii delle azioni *ex lege*: e l'Oldendorpio ne raccolse fino al numero di otto, traendoli tutti dal titolo del

(1) Oldendorp. Class. 4. act. 41.
(2) Boehm. de act. Sect. II. cap. V. §. 39. in not.

digesto *de praescript. verb. et in fact. act*, ed indicando le leggi 5. 6. 9. 10. 12. 15. 17. §. 5. 20. 23. (1) Più: l'azione *ad supplementum legitimae*, quella *ad quartam divi Pii petendam*, quella che riguardava il diritto del congruo; e cose simili (2). Per diritto canonico l'obbligazione che nasceva dalla formalità del giuramento avea l'appoggio sulla *condictione ex lege*: *cap. 2. de pact. in 6. cap. 26. 28. de iureiur.*

Presso di noi l'azione al paraggio per la costituzione *in aliquibus*, e per la consuetudine Napolitana era perfettamente una *condictio ex lege*. Più: l'azione che obbligava i stretti parenti a transigere, per la prammatica *Odia litium*: l'azione che dava diritto al ritratto legale per la nota costituzione di Federigo II. ec. Tutte erano *condictiones ex lege*.

Oggi per le attuali leggi civili sono azioni che discendono puramente e semplicemente dalla legge le seguenti:

1. Quella con la quale si reclama libera la quota legittima nella successione da coloro, cui la legge l'attribuisce, art. 829 e seg. LL. civ. Egli è in principio sicuro, che la sola legge civile impera nel regolare tutte le successioni, siano testate, siano intestate. *Lege obvenire hereditatem non im-*

(1) Oldendorp. class. 4. act. III.

(2) Ved. Boehmer. de act. Sect. II. Cap. V. §. 39. in not.

proprie quis dixerit et eam, quae ex testamento defertur: nam leg. 12 tabular. testamentariae hereditates confirmantur (1). La legge dunque nel lasciare al testatore la facoltà di disporre a sua libertà, nella forma però che essa stessa prescrive, sottrae a questa facoltà una quota, e la riserva per le persone che crede esserne meritevoli. Quindi questa quota legittima, che unicamente dalla legge ha causa, non con altra azione può dimandarsi, che con l'azione *ex lege*. E per questa ragione essa è variabile nella quantità, siccome variano successivamente le disposizioni delle leggi civili, che la regolano.

2. Per la stessa ragione riesce azione *ex lege* pura e semplice quella, che hanno gli eredi nel concorrere ad una eredità, a dimandare dal loro coerede la collazione di tutto ciò, che abbia esso ricevuto dal defonto per donazione fra vivi, o di fargli ritenere le cose donate fino alla concorrenza dalla quota disponibile (2).

3. Come anche le altre azioni che son date agli eredi, a vantaggio dei quali la legge ha stabilito la riserva, loro eredi, ed aventi causa, per chiedere la riduzione delle disposizioni tra vivi, o a causa di morte, le quali avessero ecceduta la

(1) L. 130. D. de v. s.
(2) Art. 762, 763 LL. civ.

porzione disponibile (1). Sempre in questi casi la causa della azione viene dalla legge, che è intenta a non far ledere la quota legittima, riservata alle persone da essa indicate.

4. L'azione ipotecaria legale, accordata alle mogli sopra i beni dei loro mariti, ai minori, ed agli interdetti sopra i beni dei loro tutori, allo Stato, ai comuni, ed ai pubblici stabilimenti sopra i beni degli esattori, ed aministsatori obbligati a render conto (2). L'ipoteca quì non nasce da convenzione, ed appositamente è detta legale, perchè altra ragione non ha che nella legge; dunque l'azione a pretenderla, ed a sostenerla non è, che azione *ex lege*.

5. L'azione che ha la moglie, o i suoi coeredi, dopo sciolto il matrimonio, a ripeter la dote dal marito, che non si rese diligente ad esigerla fra un decennio, dal tempo della promessa fattane dal dotante (3).

6. L'azione a pretendere, ed a sostenere in giudizio la ipoteca giudiziale, che deriva dalle sentenze, o da altri atti giudiziali (4). Quì tutto è opera della legge. Subito che la ipoteca non è con-

(1) Art. 838. LL. civ.
(2) Art. 2007. LL. civ.
(3) Art. 1382. LL. civ.
(4) Art. 2003. LL. civ.

venuta tra le parti, tutta la causa della sua esistenza sta nell'ordinativo della legge. La sentenza acclara il debito, lo definisce, e lo mette a carico della parte soccumbente; ma i giudici non possono dalla sentenza far sorgere una ipoteca, senza che le parti l'avessero convenuta. La legge sola per favore dei creditori viene quì a stabilirla, e stabilendola, la produce; dunque l'azione che ne emerge, è un'azione *ex lege* pura e semplice.

7. L'azione a far dichiarare vuote di effetto le iscrizioni prese delle ipoteche, e dei privilegii nel caso in cui, pria di trascorrere il decennio dal giorno della loro data, non si siano rinnovate: art. 2048 LL. civ.

8. Tutte le azioni, che sostengono le servitù stabilite dalla legge per oggetto dell'utilità pubblica, o comunale, ai termini dell'art. 571 LL. civ. Quì l'affare non è di ragion privata, come accade allorchè i vicini a causa del loro vicinato debbono soccorrersi a vicenda, per principio di equità naturale. Quì è in oggetto l'interesse pubblico, e la legge prende parte per proteggerlo con i principii del pubblico diritto; per lo che l'azione a sostenere tali servitù riesce azione *ex lege* puramente, e semplicemente.

9. Le azioni privilegiate, che competono ai creditori contra i successori ai majoraschi per ripetere le spese, i salarii, e le somministrazioni espresse nell'art. 960 LL. civ.

10 Le azioni, con le quali si astringono i tutori, e gli altri amministratori, che non possono ricusarsi alle funzioni, che loro vengono conferite. Il caso è letteralmente espresso nell'art. 1324 3.° comma LL. civ.

SEZIONE 5.

Delle azioni personali, che nascono dal fatto obbligatorio dell' uomo.

I fatti obbligatorii dell' uomo si presentano in doppio aspetto. Vi sono le semplici e nude promesse, che palesano la volontà di un solo: e vi sono le contrattazioni, nelle quali si riuniscono anche le volontà degli altri.

La nuda e semplice promessa per regola non partorisce obbligazione. Essa era conosciuta dal diritto romano sotto il nome di pollicitazione, che veniva definita: *solius offerentis promissum* (1). E nell' interesse dei privati non menava a conseguenza alcuna per la gran ragione, che se non valeva tra i privati il patto nudo, molto meno potea aver vaglia la promessa. Non così nell' interesse della repubblica, mentre la semplice promessa fatta dal cittadino alla patria era obbliga-

(1) L. 1. D. de pollic.

toria, e dava diritto al Rettore della città a chiederne l'adempimento (1). Dovea esser però fatta *ex iusta causa;* altrimenti non dava azione, se non nel caso in cui si fosse cominciata ad eseguire l' opera promessa (2). Egualmente era obbligatoria, e producea azione la promessa fatta a Dio, ed alla Chiesa, cioè il voto reale: *ad oblationem Dei, ut donum Deo detur, vel consecratur*, come nella *L. 1 §. 1 de donat. int. vir. et uxor.* Quì anche la causa pubblica era riguardata, e restava l'azione a favore della Chiesa.

Tranne le cause pubbliche, nell' interesse dei privati non valeva la nuda promessa, se non quando si fosse convertita in contratto o in patto, giusta le teorie insegnate dal Cuiacio, e seguite dai dottori (3).

Solamente per la dote era scritto che valesse la semplice promessa; onde il titolo del Codice *de dot. promiss. et nud. pollicit.;* ed era data al marito l'azione a ripeterla, anche senza l'intervento della stipolazione. Alcuni dottori opinarono, che fosse ciò introdotto per un favor particolare della dote. Ma dai scrittori di miglior senno fu

(1) L. 8. D. de pollic.

(2) L. 1. §. 1. L. 3. de pollic.

(3) Cujac. observat. lib. 29. cap. 32. Voet ad tit. de pollicit. n. 1.

rilevato, che nella specie la promessa della dote racchiudeva in se un patto legittimo, cioè di doversi prendere in moglie colei a cui la dote si costituiva; e quindi si andò ad altro oggetto, sottraendosi il caso della dote alla teoria delle semplici pollicitazioni. *Quamquam hoc pactum non tam nudum quam legitimum sit, et in se contineat causam, quia ideo dos promittitur, ut alter uxorem ducat, ex quo si uxor ducitur, causa, ob quam promissio interfuit, iam completa est, et consequenter recte eo nomine actio datur marito.* Il Perezio (1) a cui è uniforme il Donello (2).

Era anche detto che la semplice promessa del salario portasse azione; ma sul conto del salario si ripetettero le stesse teorie, che per la dote: *Nempe hic certe defensio est eadem illa quae supra*, il Donello; *Non est haec pollicitatio nuda, etsi videtur, sed priusquam ex ea agi possit, habet adiunctum pactum procuratoris. Prius enim negotia domini gerit, ut salarium accipiat, sic deinde utiliter agit ex pacto, ut salarium consequatur, non prius* (3).

La nuda promessa dunque, *pollicitatio*, non pro-

---

(1) Perez. ad tit. de dot. promis. n. 2.

(2) Donell. de iur. civ. lib. XII. cap. XIV. n. 3.

(3) Donell. de iur. civ. dict. loc. n. 5.

duceva azione civile per diritto romano; e lo stesso vale oggi per le attuali leggi civili. In esse è stabilito, che due soli modi vi siano a poter disporre dei proprii beni, cioè la donazione tra vivi, ed il testamento; quindi resta esclusa la pollicitazione (1). Per l'art. 861 si può donare a favore degli ospedali, dei poveri di una comune, o degli stabimenti di utilità pubblica, o di qualunque altro corpo morale: ma questa non è la pollicitazione dei romani; mentre la donazione a pro dei corpi suddetti, per esser valida, dee venire accettata dagli amministratori rispettivi, dopo che ne siano stati debitamente autorizzati (2).

Alla semplice promessa, che palesa la volontà di un solo si oppongono le convenzioni, ossiano i patti, nei quali si manifesta il consenso di due o più persone nel tempo stesso, *in idem placitum.* Queste convenzioni e questi patti vanno tutti ora sotto il nome di contratti. Il contratto è definito: *una convenzione, con la quale una o più persone si obbligano verso una o più persone a dare, a fare, o a non fare qualche cosa* (3).

I romani serbavano in ordine a ciò diverse teorie. Essi distinguevano i contratti dai patti semplici,

---

(1) Ved. Pothier trat. delle obbl. vol. 1. §. 2. in fin.

(2) Vedi Toullier tom. V. §. 204.

(3) Art. 1055. LL. civ.

ossia dalle convenzioni prese in generale, come la specie differisce dal suo genere. Vedi la legge 7. D. de pact. Per contratti intendevano quelle date convenzioni, che aveano certa forma, e nome, causa da obbligare civilmente: Per patti, o convenzioni intendevano tutto il dippiù delle contrattazioni, che senza determinazione di forma non aveano sortito dalla legge un nome particolare, e non aveano causa, cioè causa civile obbligatoria, non già causa qualunque, ossia motivo da indurre la obbligazione; altrimenti senza causa non avrebbe potuto riconoscersi nè obbligazione, nè patto. Cotesti patti poi erano di varie specie; perchè si conoscevano i patti nudi — *pactum* — *pactio* — *pactum conventum* — *pactum nudum*: voci sinonime. Vedi Cuiacio (1). E questi patti, se eran protetti dalla legge, o dalla equità del Pretore, divenivano patti *legittimi*, o patti *pretorii*. Si conoscevano i patti che *in continenti* erano aggiunti ai contratti, che erano distinti dagli altri sopraggiunti *ex intervallo*; e sul conto di essi si esaminava se il contratto era di buona fede o di stretto diritto. Erano di più marcati i patti nudi, che aveano già cominciato ad aver esecuzione (2); ed altro. E tutte queste distinzioni tendevano a far conoscere

(1) Cniac. observat. XV.

(2) Hubero, Voet, ad D. tit. de pact.

quando e come dai patti potesse ancora trarsi ragion di azione, o di eccezione.

Ma egli è gran tempo da che le suddivisate sottigliezze romane vennero neglette. Gli eruditi scrittori legali ne han parlato a ribocco: ed han dimostrato, che esse convenivano allora, avuto riguardo alla condizione dei tempi; ma poi andarono all'inutile, tolta che fu l'idea della giurisprudenza formolaria, e non marcato più il solenne della stipolazione, che era il modo civile da dar forma ai contratti. Quindi i patti di qualsivoglia natura vennero a partorire le azioni stesse che ai soli contratti erano riservate. *Revera enim stipulatio nihil est aliud, quam pactum formularium, cui si solemnitatem verborum detrahas, nudum est, hoc est destitutum illa solemnitate formularia, quam leges ei praescripserunt, ob quam causam etiam in foro civili nullum effectum habere, nec actionem producere poterat.* Il Boemero (1). Perlochè: *hodie omnia pacta*, cioè tutte le convenzioni senza riserva alcuna, *animo deliberato inita, et legibus bonisque moribus haud repugnantia, et obligationem, et actionem producere non ambigitur* (2).

(1) Boehmer. Sect. II. cap. VII. §. 6.
(2) Einecció ad pand. tit. de pact. §. 374.

Lo stesso vien confermato oggi dalle attuali nostre leggi civili, secondo le quali niuna distinzione vi è tra patto, e contratto: e nei contratti si racchiudono le obbligazioni ed i patti di qualunque specie. Convenzione, e patto son termini sinonimi, i quali dinotando il trattato che fra due o più persone intercede, possono essere indistintamente adoperati. E mentre si distingue fra i contratti che hanno una propria denominazione, e quelli, che non l' hanno (1), si soggiugne che tutti sono sottoposti alle regole generali; lo che importa in quanto alla azione, che ne risulta, che tutti egualmente la partoriscono senza alcuna diversità. Più: distinguono le nostre leggi civili fra i contratti ed i quasi-contratti; ed i secondi si riconoscono *nei fatti puramente volontarii dell' uomo, dai quali risulta una obbligazione qualunque verso un terzo, e talvolta una obbligazione reciproca delle due parti* (2).

Finalmente riconoscono le obbligazioni nascenti dai delitti, e dai quasi-delitti, e da queste obbligazioni fanno sorgere le azioni corrispondenti (3).

Intanto per quello, che appartiene ai contratti, che hanno nome, e che sono numerati nelle LL. civ.

---

(1) Art. 1061. LL. civ.
(2) Art. 1325. LL. civ.
(3) Art. 1336. 1337. LL. civ.

dal titolo V. del libro III. in avanti, le azioni, che da essi scaturiscono, niente hanno di diverso da quelle, che prima competevano, secondo l'ultimo stato della giurisprudenza romana, e delle nostre leggi patrie. Non vi è obbligo di chiamare a nome l'azione, definendola dal contratto *ex empto, ex locato* etc.; ma si dee soltanto esprimere e dedurre chiaramente nell'atto di citazione il fatto, che è in oggetto della dimanda, per modo, che presenti senza dubbio l'idea del contratto, a cui l'azione si riporta; seguendosi il disposto nell'articolo 153 n. 3 della procedura civile.

Per gli contratti poi, che non hanno nome, e che non sono numerati, nè numerabili, egli è noto, che nel diritto romano vennero essi additati dai giureconsulti Gajo, ed Ulpiano, allorchè trattando essi delle obbligazioni personali, dopo i contratti, e i delitti, parlarono delle azioni *in factum*, come derivanti *ex variis causis — de novo negotio —; utilius est praescriptis verbis ita agere, quasi novo quodam negotio inter nos gesto proprii contractus* (1). Le quali diverse espressioni tornavano allo stesso. *Reipsa idem sentientes;* l'Oldendorpio (2). Da questi contratti

(1) L. 1. princ. L. 25. D. de obl. et act. L. Rogasti D. de praescript. verb.

(2) Oldendorp. class. 4. act. 40.

innominati nascevano le azioni incerte *in factum, et praescriptis verbis*; delle quali la prima era più estesa della seconda. *Actiones in factum generalissima appellatione accipiuntnr pro persecutionibus ex quarumlibet variis causarum civilium figuris. Actiones vero praescriptis verbis aliquanto restrictiores referuntur ad varias dumtaxat negotiorum civiliter gestorum figuras, quae innominatae quidem sunt, sed tamen adfinitatis, et similitudinis aliquid habent cum nominatis contractibus* (1).

L'azione *in factum* a buon conto competeva a colui, che avea dato o fatto qualche cosa, contra colui, che avea l'obbligo vicendevole di dare o di fare per parte sua. Ma oltre alla azione *in factum* competeva in questi contratti alla parte adempiente la così detta *condictio causa data, causa non secuta*; potendo egli pentirsi di ciò che avea dato, o avea fatto, e chiederne la restituzione, con resilire dal contratto; mentre l' altra parte non avea diritto di obbligarlo a stare alla convenzione, da chè trattavasi di patto nudo, che non partoriva obbligazione (2).

Oggi però nei contratti innominati cammina la

(1) Oldendorp. class. 4. act. 40.

(2) L. 7. §. 1. L. 12. D. de condict. caus. dat. caus. non secut.

sola azione *in factum*, e non può aver più luogo la ripetizione del dato *ex condictione causa data, causa non secuta,* per la ragione che dottamente trovasi espressa da Giovanni Eineccio (1). Ed ora sono imperanti gli articoli 1098, 1099 LL. civili.

Solamente oggi può esservi luogo alla ripetizione *ex condictione causa data, causa non secuta,* quando la parte inadempiente è impedita da forza irresistibile; ed intanto per lo fatto della parte adempiente essa viene ad arricchirsi: allora sorge il principio dell' equità naturale, che è posto in risalto dal Boemero come di sopra abbiamo avvertito (2).

Seguono i quasi-contratti, che son definiti: *fatti puramente volontarii dell' uomo, dai quali risulta una obbligazione qualunque verso un terzo, e talvolta una obbligazione reciproca delle due parti* (3). Si senta il Boemero: *Supponunt autem obligationem, quae quasi ex contractu nascuntur, negotia quaedam certam determinatamque naturam habentia, ad instar contractuum verorum: in hoc tamen ab illis discrepantia, quod mutuo utriusque consensu nec expresso, nec ta–*

---

(1) Heinnec. ad pand. tit. de condict. caus dat. §. 47 e tit. de praescript. verb. §. 358.

(2) Ved. Boehmer. de act. Sect. II. cap. V. §. 21.

(3) Art. 1325 LL. civ.

cito, concilientur, sed ex re ipsa obligatio nascatur L. 46. D. de obl. et act., hoc est ex ipso negotio, figuram veri contractus habente, quod a lege vim obligandi accepit. Unde etiam hi negotiis huiusmodi obligari possunt, qui consentire per naturam nequeunt cit. L. 46. Sicuti enim lex consensui mutuo vim obligandi tribuit; ita quoque aliis factis, extra omnem consensum, eandem efficaciam tribuere potest. Quaedam itaque negotia ideo dicuntur quasi contractus, quod magnam analogiam cum veris contractibus habeant, ita ut suo modo ad certam speciem contractus referri queant. Sic negotiorum gestio, et tutela ad mandatum, communis rei vel hereditatis administratio ad societatem, proxime accedit ec. (1).

I dottori enumerano varie specie di questi quasi-contratti, che si trovano scolpiti anche nelle nostre leggi civili.

1. In primo luogo sta la gestione dei negozii. In questo quasi-contratto l'obbligazione è bilaterale, ma ineguale. Il gestore è sempre obbligato ai termini degli articoli 1326, 1327, 1328 LL. civ.: ed il proprietario per conto del quale va la gestione, resta anche obbligato ai termini dell'articolo 1329 dette LL.; ma questa seconda obbligazione è accidentale, perchè si avvera quando siavi luogo a

(1) Boehm. Sect. II, cap. VI. §. 2.

dimandare le spese utili o necessarie, occorse nella gestione, ed a rendere indenne il gestore. La prima azione è *diretta*, la seconda è *contraria* (1).

2. Viene in secondo luogo l'azione a pretendere il rimborso delle spese funebri, erogate da chi per legge non avea l'obbligo di farle. Costui certamente fa da gestore dell'erede, o di colui, al cui carico sono i funerali, e così viene ad obbligare a se coteste persone (2). Alcuni han creduto che quì non si racchiudesse una gestion di negozio, mentre chi solennizza i funerali fa piuttosto il negozio del defonto che del suo erede *L. 1. D. de religios.*: e poi al tempo dei funerali non sempre è conosciuto colui, che è il vero erede. Ma queste cose non sono di ostacolo. Colui che è già morto non ha certamente più affari da poter disimpegnare, nè è obbligato a sotterrare se stesso, e quindi non può essere supplito da altri, che voglia fare in ciò da suo gestore. Più: la gestion del negozio suppone l'ignoranza di colui, il cui affare si fa; nel che differisce essa dal mandato. Ora l'ignoranza, a questo senso, è concepibile si bene nella persona del vivente, che ha il libero uso delle facoltà intellettuali, e dallo stato negativo può passare al contrario stato positivo: essa

(1) Boehm. Sect. II. cap. VI. §. 11.
(2) Ved. l'art. 960. e 989. LL. civ.

però non è mai nel modo stesso concepibile nella persona del morto, che per necessità dee ignorare eternamente. Nè poi importa che l'erede non sia conosciuto al momento, che si solennizzano i funerali. Sopravviene il tempo in cui l'erede si appalesa, e le sue obbligazioni si retrotraggono per legge, congiugnendosi col tempo della morte del defonto. Vi è dunque il quasi-contratto per queste spese funebri, che porge l'azione al gestore contra l'erede, o colui, *ad quem funus pertinet*, Leg. 14. §. 17 de relig., per ripetere le spese, *seu quidquid corporis causa erogatum est*, (*L. 37 princ. de relig.*) .. *et sine quod funus honeste duci non potuit.* (*L. 14. §. 5. eod.*).

3. In terzo luogo si riguarda l'azione della tutela, che nasce dall' amministrazione, e dalla gestion del tutore (1). E questa azione o è diretta, o è contraria, competendo la prima contra il tutore, per tutto ciò a cui per legge egli è tenuto, ed essendo la seconda a pro del tutore stesso, per le indennità, che la legge gli accorda.

4. In quarto luogo viene l' azione, con la quale si chiede la divisione di una, o più cose comuni — *communi dividundo* (2). Certamente,

(1) §. Ult. Inst. de atil tut. §. 2. Inst. de admin. tut. art. 392, e seguenti LL. civ.

(2) Art. 734 e 1744. LL. civ.

durante la comunione, vi è il quasi-contratto, *ex rei communis administratione resultans; hanc enim si quis solus administraret, hoc ipso se obligasse censetur ad commoda inde percepta communicanda, et damna sua culpa data, reparanda* (1)

5. Siegue l' azione *familiae erciscundae* (2). Questa azione differisce dalla precedente in quanto al solo oggetto; poichè la prima riguarda cose particolari, e questa seconda versa sulla universalità dei beni. Con questa azione viene a dividersi l' eredità, partecipandosi da ognuno dei commodi e dei danni, e traendosi partito da tutte le prestazioni, che dal fatto di ciascuno dei coeredi potessero aver causa. Vi è sempre il quasi contratto, che sta appunto in questi vicendevoli fatti dei coeredi; e che nel tempo stesso li obbliga a far comune con gli altri il lucro, e li abilita a ricevere vicendevolmente il ristoro dei danni.

6. Egualmente dal quasi-contratto discende l' azione *finium regundorum* (3): *Ubi pariter tam ius reale, quam personale concurrit; datur vero hoc iudicium inter condominos, vel*

(1) Stryk. Sect. I. membr. 9. §. 19.

(2) Art. 735. LL. civ.

(3) Art. 568, LL. civ.

alios, circa agros confines ius habentes L. 4. §. 9. D. fin. reg.: attamen et praestationes personales hic interveniunt, quae partim oriuntur ex quasi contractu, si scilicet ex loco vicino solus utilitatem perceperit, vel in alterius utilitatem quid gesserit. L. 4. §. 1. D. dict. tit. Lo Strichio (1).

7. In settimo luogo figura l' adizione della eredità (2). L' erede accettando l' eredità, tacitamente contrae con i legatarii, e con i fedecommessarii (3); e quindi si rende passibile della azion personale, che contro di lui può sperimentarsi. *Fundamentum est aditio, et inde nata obligatio ad praestanda legata* (4). È da avvertire però, che il quasi-contratto nascente dall' adizione, non è operativo, nè è necessario per gli creditori ereditarii. In faccia a costoro l' erede è tenuto personalmente, non in forza dell' adizione, ma perchè rappresentando il defonto, subentra in tutte le sue obbligazioni: *Quae obligationes ex quocumque contractu iam natae erant in persona defuncti, transeunt quidem per aditionem, tanquam causam sine qua non, etiam ad heredem; sed per illam non demum constituuntur, sed*

(1) Stryk. Sect. I. membr. 9. §. 26.

(2) Art. 691. LL. civ.

(3) §. 5. Inst. de obl. ex quas. contract.

(4) Boehm. Sect. II. cap. III. §. 70.

aliunde iam constitutae sunt. Il Boemero (1).

8. La soluzione dell' indebito viene in ottavo luogo, di che letteralmente si parla nelle LL. civ. art. 1330, sotto il titolo dei *quasi-contratti.* Ivi: *Chi o per errore, o scientemente riceve ciò che non è dovuto, si obbliga a restituirlo a colui, dal quale lo ha indebitamente ricevuto.* La ragione è detta dallo Strichio. *Nemo enim ea mente praesumitur accepisse pecuniam, quod ipsam, licet sciret, eam sibi non deberi, retinere vellet, sic enim revera furtum committeret, et inde condictione furtiva conveniri posset. L. 18. D. de condict. furt. Sicut ergo iniquum est cum alterius damno velle locupletari L. 14. D. de condict. ind., ita ex bono et aequo haec obligatio ad restituendum introducta L. 66. D. de condict. ind.* (2).

9. Siegue la così detta *condictio sine causa*, di che abbiam trattato di sopra, facendola derivare dalla naturale equità; e certamente in essa si ritrova il quasi-contratto: *Si enim quis vel rem, vel obligationem a nobis acceperit, et postea animadvertat, rem sine causa apud se esse, tacite videtur obligasse se ad restitutionem rei, pariter sicut in condictione indebiti* (3).

(1) Boehm. dict. loc. in not.

(2) Stryk. Sect. I. membr. 9. §. 24.

(3) Stryk. Sect. I. membr. 4, §. 31.

10. Finalmente si presenta la contestazione della lite, in cui a comune sentimento dei dottori contiensi un quasi-contratto, in forza del quale le parti sono obbligate a proseguire il giudizio. Vi è il testo di Ulpiano nella L. 3. §. 11. D. de pecul. il quale parla, così di questo quasi contratto nascente dalla contestazione, come della azione che poi emerge dalla sentenza passata in giudicato. Ivi : *Nam sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita iudicio contrahi* : e quì il quasi contratto, che viene dalla contestazione : *Proinde non originem iudicii spectandam, sed ipsam iudicati velut obligationem* : e quì l' azione che sorge dalla cosa giudicata. *In iudicio duplex contractus* (Il Gotifredo), *instantiae quae fit per litis contestationem, debiti per sententiam. Contestatio litis, origo iudicii : finis, iudicatum, seu sententia* (1). Chi ama di vedere più illustrate queste teorie, può consultare il Carlevalio ; riferito ed applaudito ancora da Samuele Strichio (2).

(1) Gotofr. ad L. 3. §. 11. D. de pecul.

(2) Crcleval. de iudic. lib. I. tit. 2. disp. 1. Stryk. Sect. I. membr. 9. §. 28.

SEZIONE 6.

Delle azioni personali-reali.

Egli è proprio delle azioni personali l'esser sempre dirette contra le persone, e non riguardar punto le cose: ciò però vale strettamente per quelle azioni personali, nelle quali si riguarda la semplice obbligazione di dare, fare, o non fare qualche cosa; lo che può nascere dal contratto, o dal quasi-contratto, dal delitto, o dal quasi-delitto. Ma vi sono oltre a ciò delle azioni personali, nelle quali, al di là della obbligazione di dare, fare, o non fare qualche cosa, che risiede nella persona obbligata, si presentino altri oggetti, nei quali possano esse trovarsi impegnate. Certamente Giustiniano ciò volle esprimere allorche disse: *Namque agit unusquisque, aut cum eo, qui ei obligatus est, vel ex contractu, vel ex maleficio, quo casu proditae sunt actiones in personam, per quas intendimus adversarium ei dare, aut facere oportere, et aliis quibusdam modis* (1). Quì si vede patentemente, che le azioni personalí possono ravvisarsi nei contratti, e nei delitti, dove concorre la circostanza dell'obbligazione di dare, di fare, o non fare qualche

(1) §. 1. Inst. de act.

cosa, e possono ravvisarsi ancora sotto altre vedute: *et aliis quibusdam modis.* Ora sotto queste ultime espressioni appunto di Giustiniano i dottori han creduto, che fossero indicate quelle azioni personali, che straordinariamente alle volte possono riguardar la cosa, ed il possessore di essa; dette perciò *scriptae in rem — conceptae in rem:* voci tecniche, che non si trovano *in corpore iuris*, ma si sono inventate, per esprimere e definire particolarmente questa specie di azioni personali. Si senta il Cuiacio. *Sed agimus in personam aliis quoque modis, quam dicendo: aio te mihi dare, facere oportere. Aliis etiam modis, ut eleganter ex Caio (ut opinor) Justinianus tradidit in §. 1. Inst. de act.; ut puta cum adversarium non intendimus dare, aut facere oportere, sed generaliter, sive in rem, ut eum petimus in actione quod metus causa, si quid in ea re, qua de agitur, vi metusque causa gestum est, id rescindi et restitui nobis, notata re gesta, non persona, quae metum intulit, aut vim fecit L. 9. §. animadvertendum et §. ult. L. 14. §. in actione quod metus causa. L. apud §. ult. de dol. mal. Et his modis cum agimus, sane non semper adversus eundem agimus: licet vi ipsa sit ea actio in personam §. praeterea inst. de act. Sed agimus adversus omnes, ad quos ea res pervenerit, quae nobis per vim, aut me-*

tum ablata est, tametsi crimine careant, et eam rem bona fide possideant (1).

A buon conto l'azion personale-reale, secondo i principii qui espressi, nasce sempre dal contratto, dove ha la sua causa di origine, e perciò dice il Cuiacio che *vi ipsa* è personale; ma poi nell'oggetto si rivolge alla cosa, che in seguito del contratto può esservi ragione a' pretendere. Ora, se è vero, come non può mettersi in dubbio, che la sola causa di origine serve a definire l' azione, e la causa movente, che si determina dall'oggetto, può servire solamente a qualificarla, ma non già a definirla, sarà vero nella specie, che l' azione resta personale per l'origine, e qualificata reale per l'oggetto; *personale-reale.* E con questa qualità essa perseguita il possessore della cosa, qualunque egli sia. Per la qualità reale appunto che in essa si spiega, l' avversario può cambiarsi, mentre la cosa può passare da uno ad un' alro gradatamente; lo che non accade nelle semplici azioni personali.

Non è dunque, che l'azione *personale-reale* sia un' azione di terza specie, diversa dalla reale, e dalla personale; ma essa appartiene di essenza alla classe delle azioni personali, e per lo modo di agire, si approssima alle reali. *Hinc apparet* (il Duareno) *quam perperam vulgo actiones dividant,*

(1) Cujac. tom. 8. pag. 354. ad L. 25 D. de obl. et act.

in rem, *in personam*, *in rem scriptas*: *quae melius*, *et commodius dividi possunt hoc modo. Actiones quaedam in rem*, *quaedam in personam. Rursus actionum personalium quaedam in rem concipiuntur*, *id est quaedam exequuntur personam*, *contra quam dantur*, *quaedam non exequuntur*: *quo fit ut contra possessorem dentur* (1). Ed Ulrico Ubero: *Dari actiones in rem scriptas*, *ut dicuntur*, *quae fundamento*, *et origine sunt personales*, *sed hoc commune cum actionibus in rem habent*, *quod tertium quoque possessorem comitantur* (2). E per questi motivi resta senza ragione il sentimento del Rittersusio, il quale crede che per legge non possa esservi luogo a queste azioni personali-reali; *cum et hae revera sint in personam* (3). Dice egli bene, allorchè si riguarda l' origine dell' azione: ma la ricerca al proposito non è sulla causa di origine; bensì è sulla causa movente, che trovasi rivolta all'oggetto; e quindi senza pregiudicarsi la qualità personale dell' azione, può essa venir modificata nel modo già espresso e dimostrato.

Queste azioni personali-reali si istituiscono nel foro della cosa sita, dove si ritrova il possessore: e

(1) Duaren. in tit. Dig. de obl. cap. 8.

(2) Huber. digress. lib. 4. cap. 6.

(3) Rittershus. ad §. 1. Inst. de act.

ciò straordinariamente e di necessità; altrimenti sarebbe frustrato l'oggetto, a cui l'azione è diretta. Certamente vale quì la regola: *Ibi peti debet, ubi res est* (1). Si senta il Boemero: *Sunt autem quaedam actiones personales, quae extra ordinem dantur contra omnem possessorem, et in foro rei sitae institui possunt, specialique nomine vocantur in rem scriptae* (2).

Di queste azioni *scriptae in rem* han fatto il catalogo i dottori, riducendole a quattro specie; che sono cioè 1. l'azione *quod metus causa*: 2. l'azione *Pauliana*: 3. l'azione *ad exhibendum*: 4. l'azione *de aqua et aquae pluviae arcendae*. Le quali tutte possono corrispondere ai seguenti luoghi delle nostre attuali leggi civili. 1. L'azione *quod metus causa* si può riferire all'art. 1071, e 1258: più, agli articoli 1063 e 1065 e seguenti. 2. La *Pauliana*, che meglio si direbbe la *rivocatoria*, corrisponde agli articoli 705 1119 1120: Per l'azione *ad exhibendum*, che oggi non ha più luogo, abbiamo già detto di sopra, che resta surrogato il sequestro ad oggetto di revindicazione, art. 909 e seguenti proc. civ. 4. Finalmente per l'azione *de aqua et aquae pluv. arc.* è applicabile oggi l'art. 602 LL. civ.

Abbiam detto che la *Pauliana* meglio si di-

(1) L. 38. in fin. D. de iudic.

(2) Boehm. Sect. I. cap. 3. §. 5.

rebbe *rivocatoria.* E ci riportiamo a Samuele Strichio, che così si esprime: *Deinum ad hunc locum Paulianam actionem quoque refero ex §. 6. Inst. de act., quamvis quae hic proponitur, potius* Revocatoria *dicenda, quia Pauliana, cuius mentio fit in L. 38. §. in Faviana D. de usur. in eo differt, quod haec in personam, Revocatoria autem in rem sit., vid. Ludwell. Comm. Inst. ad d. §. 6., cum tamen utraque ob alienationem in fraudem creditorum factam competat, ut alienata revocentur, utramque hic conjungemus. Referimus autem Revocatoriam ad materiam pignoris, quia regulariter haec actio non datur nisi post immissionem, bonis a creditoribus possessis d. §. 6 inst. de act.* L. *26 D. de pignorat. Unde, illam ex jure pignoris per immissionem quaesito competere asserit Hahn. de iur. rer. conclus. 20 et Donellus ad d. §. inst. de act. Pauliana vero datur etiamsi quid alienatum fuerit, antequam bona a creditoribus possessa* L. *15 et 17 §. 1 D. quae in fraud. cred.* Ludwell. *cit. loc. num. 5 et 6. Unde illa revocatoria scilicet datur contra quemvis possessorem, sive fraudis particeps sit, sive non; Pauliana vero tantum contra fraudis participem* L. *6 . 8 D. quae in fraud. cred.* (1).

(1) Stryk. Sect. II. membr. 5. §. 14.

CAPITOLO QUINTO.

Delle azioni miste.

Art. 30. L'azione mista nasce dal diritto, che nel tempo stesso congiuntamente si ha sulla cosa, e sulla persona; ed è diretta a farci conseguire la cosa, che ci appartiene, e tutte le prestazioni, che per ragion della cosa reclamata, ci son dovute per fatto del possessore.

Art. 31. Sono azioni miste quelle, che riguardano i seguenti oggetti:

1. La petizione della eredità: sia del tutto, sia di parte di essa:

2. La divisione di una successione:

3. La divisione di uno o più oggetti particolari, appartenenti in comune a più persone:

4. Il regolamento dei confini dei fondi.

Art. 32. Nei giudizii, che han luogo nelle azioni miste, la qualità di attore e la qualità di reo convenuto son rappresentate nel tempo stesso dall'uno e dall'al-

tro dei contendenti, i quali a vicenda si convengono, e sono convenuti per lo stesso oggetto.

Colui che da attore previene il giudizio, ha la scelta del foro, che in queste azioni può essere quello della cosa sita, o quello del domicilio della parte convenuta.

SPIEGAZIONE DEL CAPITOLO QUINTO.

Si è veduto di sopra, che le azioni personali-reali si congiungono fra loro, senza mescolarsi, mentre ognuna conserva la sua causa, e la sua qualità. Vi sono poi le azioni miste, le quali, riconoscendo nel tempo stesso due cause diverse di origine, le presentano però confuse e mescolate insieme, per modo, che in forza di esse entrambe così combinate, vengono a sperimentarsi in giudizio. Si trova in esse congiuntamente la qualità personale e la qualità reale, che cospirano di concerto a darle moto. *Ab utroque genere*, cioè di quello delle azioni reali, e di quello delle azioni personali, *quid participant mixtae, in quibus utrumque fundamentum, et ius in re, et ius ad rem occurrere potest*. Il Boemero (1). Per la qual cosa scrisse l' Eineccio, che nel chiamarsi miste queste azioni, non si bada al fine, a cui tendono, ma sì bene al diritto, che con esse si produce, nascente dalla loro causa di origine: *Non enim sane ob finem ita dicuntur, sed quia, duplex hic est causa petendi: ius in re, et obligatio* (2).

Il Brunemanno riconosce queste azioni miste, ma non per la sola ragion di origine, sì bene

(1) Boehm. Sect. I. cap. 2. §. 6.

(2) Heinecc. ad Vinn. Inst. de act. §. 1. n. 7. in not.

per la ragion composta nascente dall' origine e dall' oggetto a cui le azioni sono rivolte: *Mixtura harum actionum negari nequit, tuto tamen inde inferre non licet, eas aequaliter natura, origine et essentia sua esse mixtas, quemadmodum vult.* Dn. Hahn. in D. de hered. pet. n. 7. Dn. Franzk. exercit. 13. quaest. 3......., *cum saltem modo quodam accidentario seu ratione finis et effectus de natura actionis realis, vel personalis participare censeantur, teste Joach. Mysing......* *Tria itaque haec iudicia (familiae erciscundae, communi dividundi, finium regundorum) principaliter, et quoad initium et nativitatem, sunt in personam, quoad exitum vero et effectum in rem, quemadmodum hereditatis petitio per se est realis, intuitu vero exitus, unum vel alterum commune habet cum actionibus in personam L. 25 §. 12 D. de hered. pet. cuius verba haec sunt: Petitio hereditatis, etsi in rem actio sit, habet tamen praestationes quasdam personales, ut puta eorum, quae a debitoribus sunt exacta, item pretiorum* (1).

Ma la dottrina del Brunemanno non è perfettamente sicura, anzi con essa si confonde l'azione personale-reale con l' azione mista. Nella prima,

(1) Brunemann. de concurs. et cumul. act. cap. 1. §. 16.

come si è già dimostrato, si pone mente alla causa di origine, ed all' oggetto dell' azione, disgiugnendosi l' una cosa dall' altra: nella seconda la cosa non va così. È ben degna di osservazione la teoria di Reinardo Bacovio. Egli riconosce due misture di azioni, cioè quella che concorre nelle personali-reali, e quella che qualifica particolarmente le azioni miste; e prende per regola del suo ragionamento, così la causa di origine, che l'oggetto di queste azioni, con vedute però diverse in faccia all' una e all' altra di esse. Comincia dal definire l' azione pura, che per lui si distingue dalla mista: *Denique pura actio est, quae vel est in rem tantum, vel in personam tantum: mixta quae est in rem et in personam.* Poi rivolgendosi alla mista soggiugne: *Et haec mixtura duplex est: Altera, ubi actio causa tantum personalis, obiecto tantum realis est,* e qui riferisce le azioni *scriptae in rem,* delle quali fa il catalogo: *Altera mixtura est, cum actio et duplicem causam efficientem, verbi gratia, dominium et obligationem, et duplex obiectum, duplicemque intentionem habet;* e qui riferisce le azioni miste, nelle quattro loro specie riconosciute dai dottori, alla testa dei quali mette il Cuiacio *in parqtit. Cod. fin. regund.* (1).

(1) Ved. Bachov. de act. Disp. II. Thes. V. VI. VII.

Non vi ha dubbio poi, che in queste azioni miste alle volte riluce più la qualità personale, ed alle volte riluce più la reale; e così parrebbe, che dalla qualità predominante dovessero venir esse denominate; ma ciò nulla ostante, è piaciuto ai dottori di chiamarle, in ogni caso e sempre, miste: *Id tamen non magis prohibet, quo minus mixtae dici possint, quam quod meracum sit vinum mixtum cum aqua, si vel minima pars aquae adfusa sit.* L' Einecio (1).

I giudizii, che nascono da queste azioni miste, son detti doppii, perchè in essi ognuno dei litiganti fa mostra di una doppia qualità, cioè di attore, e di reo convenuto (2). E siccome nelle nostre leggi di procedura civile è detto, che nelle azioni miste il foro competente è quello, dove esiste la cosa litigiosa, o quello dove sta il domicilio del reo, art. 151; così colui che figura da attore in questo giudizio, può scegliere a suo arbitrio quel foro che più gli aggrada.

Giustiniano al §. *20. inst. de act.* non annoverò fra le azioni miste la petizione della eredità, e si ristette alla triplice specie: *Familiae erciscundae*, *communi dividundo*, *finium regundorum.*

---

(1) Heinecc. Recit. §. 1127.

(2) L. 2. §. 1. D. comm. div. L. 13. de iudic. L. 10. fin. reg. L. 44. §. qui tam famil. ercisc.

Ma egli poi al §. 28. sotto lo stesso titolo venne a dir tanto, onde far comprendere, che anche la petizione della eredità fra le azioni miste dovea annoverarsi. Si vegga il Vinnio che comenta il detto §. al num. 8. E da quì è, che l'universale consenso dei dottori ha sanzionata la quadruplice specie delle azioni miste, includendovi la petizione della eredità; della quale ultima abbiamo già noi di sopra ragionato.

Sono queste le quattro azioni miste, che piacque a Cuiacio di chiamar *quadriga* (1); lo che poi non arrise ad Antonio Fabro, il quale si arbitrò di dire: *Suavis est Cuiacius*, nell' ammettere la petizione della eredità tra le azioni miste: *sed suavior est mehercule, cum addit has omnes mixtas actiones, ex quibus infelicem ipse quadrigam illam constituit, plerumque magis in rem esse, quam in personam* (2). Ma la difesa del Cuiacio venne già fatta da Reinardo Bacovio, il quale parlando delle quattro conosciute specie delle azioni miste, disse: *quam recte Cuiacius quadrigam actionum mixtarum appellat: recte inquam, et vere: neque suavis hic Cuiacius, sed suavis et ineptus est Antonius Faber decad. 94. error. 4. ubi infelicem*

(1) Cuiac. in paratitl. cod. fin. reg.
(2) Fabr. de error. pragm. Decad. 94. Error. 4.

illam quadrigam appellat, eo usque provectus, ut evidentissime falsissimum dicat, quod actiones fam. ercisc. et comm. divid. sint mixtae in rem, et in personam ..... Fundamentum solidum sententiae nostrae hoc est. Quod istae actiones habeant duplicem intentionem, et in iis intendatur, rem pro parte suam esse, et alterum sibi dare oportere: *adeoque sit in iis duplex causa petendi, et agendi; dominium et obligatio ec.* (1).

---

(1) Ved. Bachov. de act. ad Thes. VII. disput. II.

CAPITOLO SESTO.

Delle azioni possessorie.

Art. 30. Le azioni possessorie sono dirette a farci mantenere nel possesso di un' immobile, o di un diritto reale che possa prescriversi, o di una universalità di mobili, in ogni caso di molestia, e di turbativa; o a farci reintegrare nel possesso, quando ne fossimo spogliati per altrui usurpazione, sia semplice, sia qualificata.

Art. 31. Il fondamento delle azioni possessorie, nel caso di semplice molestia, e di turbativa, sta su due fatti:

1. Sul possesso pacifico, pubblico, e continuato per un anno almeno, con animo di padrone, ed a titolo non precario, di una cosa di sua natura prescrivibile:

2. Sulla molestia, e sul turbamento sofferto dentro l' anno per via di fatto.

Art. 32. Nel caso di usurpazione, sia semplice, sia qualificata, il fondamento

dell'azione possessoria risiede unicamente nel fatto dello spoglio a danno del possessore, qualunque sia il suo possesso, anche violento, momentaneo, a titolo precario, e senza animo di padrone.

Art. 33. L'oggetto delle azioni possessorie è quello di far cessare gli atti molesti, e turbativi; di far correggere le ingiuste usurpazioni; e di far repristinare le cose nello stato in cui erano, prima della molestia, e del turbamento arrecato, o pria che lo spoglio fosse avvenuto; non che di far ottenere al possesore la piena rifazione dei danni a lui cagionati, e delle spese sofferte.

Art. 34. Queste azioni si esercitano innanzi ai Regj giudici del circondario del luogo, dove la cosa è sita; e si sperimentano contra i molesti perturbatori, e contra i loro eredi; e nel caso di spoglio, sono esperibili eziandio contra i terzi possessori, quando essi fossero conscii del fatto del loro autore.

SPIEGAZIONE DEL CAPITOLO SESTO.

Le azioni possessorie si presentano in opposizione alle azioni petitorie, per quello che è scritto nelle nostre leggi civili, e di procedura civile. In queste seconde si distingue il possessorio dal petitorio (1); e quindi vengono riconosciute amendue le azioni, possessoriali, e petitoriali; con la preferenza però nel giudizio delle prime sulle seconde. Questo già va ora inteso per le sole azioni possessorie immobiliari, mentre in quanto ai mobili, il possesso oggi vale per titolo (2); e quindi nelle azioni mobiliari non si può ora distaccare la causa del possesso da quella della proprietà: nè presso di noi ha più luogo l'interdetto *utrobi*; come è stato già bene avvertito dal Presidente Henrion (3). Però quando si tratta di universalità di mobili la cosa va diversamente.

Anche per diritto romano la causa del possesso dovea precedere quella della proprietà, quando del possesso si fosse fatta quistione. *Exitus controversiae possessionis hic est tantum, ut prius pronunciet iudex uter possideat, ita enim fiet, ut is qui victus est de possessione, petitoris par-*

(1) Art. 129. 130. 131. LL. civ.

(2) Art. 2185. LL. civ.

(3) Henrion competence des jug. de paix. chap. 45. §. 3.

tibus fungatur, et tunc de dominio quaeratur. Ulpiano (1). Lo stesso per la *L. 13. Cod. de rei vind.*, e per la *L. 10. Cod. de iudic.*; nella quale ultima la causa della proprietà si chiama causa *principale*, e si contrappone alla causa del possesso. Giacomo Cuiacio dimostrò la necessità di spedirsi prima la causa del possessorio, quando del possesso vi fosse contesa, e poi quella del petitorio; ed insegnò che entrambi i giudizii dovessero farsi innanzi allo stesso giudice (2). Oggi però in queste cause il giudice non è costantemente lo stesso. Nel possessorio procede sempre il Regio giudice del circondario, dove la cosa è sita, tanto esigendo l'indole straordinaria del giudizio, e la procedura spedita e sommaria, che in esso dee aver luogo. Nel petitorio allora può procedere il Regio giudice, quando il valore della causa la mette sotto la sua competenza; altrimente si va sempre, e per regola al tribunal civile, a cui tutta la giurisdizione è interamente delegata nel pieno suo esercizio.

Le nostre leggi civili poi, dopo aver distinto il possessore di buona fede da quello, che non è tale, con disegnarne i diversi effetti (3), passano

(1) L. 35. D. de adquir. poss.

(2) Cuiac. observat. lib. 2. cap. 35.

(3) Art. 474. e seg. LL. civ.

a definire che cosa sia il possesso, ed a quali conseguenze di legge esso conduca. Si dice che il possesso è *la detenzione, o il godimento di una cosa* (1). Non vi è dunque possesso se non di fatto; e questo non si stabilisce, senza la materiale detenzione della cosa. Ciò è uniforme alle leggi romane, secondo le quali il possesso non potea acquistarsi, se non con l'animo, e col corpo insieme: *Nulla possessio adquiri, nisi animo, et corpore potest* (2). Si potea poi ritenere il possesso col solo animo, quando già si trovasse acquistato con l'animo, e col corpo: *licet possessio nudo animo adquiri non possit, tamen solo animo retineri potest* (3). Ora se questo possesso già acquistato, venga oggi turbato per via di fatto, o in esso si arrechi la menoma molestia, nasce il diritto a colui, che da un anno almeno possedea pacificamente, ed a titolo non precario, ad intentare l'azione, per essere sostenuto, e rimesso nel modo stesso, come prima possedea (4). Si distingue oggi a buon conto fra possesso semplice, ossia naturale, e possesso civile, che è il

(1) Art. 2134. LL. civ.

(2) L. 153. D. de reg. iur. L. 3. §. 1. 2. 3. D. de adquir. possess.

(3) L. 4. Cod. de adquir. et retin. possess.

(4) Art. 127. proc. civ.

possesso annale, pacifico, a titolo non precario: *Opinione domini — cogitatione domini;* come era detto ancora per diritto romano (1). L' uno e l'altro di questi possessi contiene un *quid facti*, ma il solo possessso civile, in caso di molestia e di turbativa, dà il diritto a reclamare. Più: si distingue anche oggi tra il possesso, che sempre è *quid facti*, ed il diritto a possedere, che è *quid iuris*. Il primo si può turbare per la via del fatto, ed allora, se trattasi di possesso civile, esso non si perde, ma vien riparato, e rimesso per mezzo della azione che nasce dal diritto a possedere, come avviene nell' esercizio di ogni altro diritto, per esempio, di servitù, di usofrutto, e cose simili. *Potest quidem possessio et iuris esse, quatenus effectus aliquis inde emergit, puta facultas, se in possessione tuendi, et amissam recuperandi: ista tamen possessio meri facti est, quia detentio rei corporalis, et ius illud inde natum momentaneum est, neque ablata re expirat. L. 7. L. 15. D. de adquir. poss.* L'Einecio (2).

Si rende al proposito ben rimarchevole la dottrina del Toullier, che in questi termini si esprime:

« Il faut donc distinguer: le droit de possé-

(1) L. 22. §. 1. D. de nox. act. L. 21. Cod. de furt.

(2) Heinecc. ad pand. tit. de adquir. poss. §. 199. in not.

» der, qui ne peut appartenir qu'au proprietaire
» en vertu de sa propriété ;

» La possession ou la simple détention, qui
» est un fait;

» Enfin, le droit de possession appèllé saisi-
» ne par nos anciens, et qui appartient au pos-
» sesseur en vertu du fait de sa possession annale,
» à celui qui, ne peut alleguer d'autre titre de
» sa possession, qui, interrogé pourquoi il possède
» ne peut répondre autre chose, si ce n'est parce
» que je possède.

» Le droit de posséder, la possession, et le droit
» de possession, sont trois choses tellement distin-
» ctes, qu'elles peuvent se trouver en même temps
» en trois personnes différentes.

» Par exemple, si un propriétaire négligent se
» laisse déposséder de sa terre, il n'en conserve
» pas moins le droit de propriété auquel est at-
» taché celui de posséder.

» L'usurpateur, après un an d'occupation, a le
» droit de possession, c'est-à-dire le droit de se
» faire maintenir provisoirement sur la détention
» de la terre, d'empêcher qu'on ne l'y trouble,
» et de faire, à l'instar du propriétaire, les actes per-
» mis en vertu du droit de propriété.

» Enfin, un second usurpateur, qui aurait
» chassé le prémier par violence ou autrement, au-
» rait la possession actuelle (1).

(1) Toullier tom. 3. tit. 2. chap. 1. n. 79.

A questo senso va inteso oggi il possesso civile, ed il diritto a possedere, che assiste al possessore pacifico, annale, ed a titolo non precario. Quì però vuolsi sempre intendere, che la cosa posseduta sia fra quelle, la cui proprietà per legge può acquistarsi con la prescrizione. « Comment, en effet, la possession annale serait-elle comptée pour » quelque chose, lorsque la possession la plus longue n' est computée pour rien ? Les choses im» prescriptibles ne peuvent donner lieu qu' aux » actions pétitoires, puisqu'à leur égard, pour avoir » un droit, il faut avoir un titre ». Il Presidente Henrion (1).

I romani conoscevano un' altra specie di possesso, cioè il possesso *iuris*, che è ben diverso dal *ius possessionis*. Il *ius possessionis* suppone un preesistente possesso di fatto, dopo il turbamento del quale, o dopo lo spoglio, sorge il diritto; e quindi non può esservi diritto a possesso, se non siavi stato reale ed effettivo possesso di fatto. Il possesso *iuris* dei romani non solo non ammetteva il preesistente possesso di fatto, ma lo escludeva, perchè avea luogo *sine detentione et naturali adprehensione rei*. Il testo di Ulpiano nella nota *L. 1. §. 3. D. de bonor. possess.* dà la idea del possesso *iuris*. Ivi: *est enim magis iuris quam corporis pos-*

(1) Henrion de la competence des jug. de paix chap. XXXVI. en fin.

sessio. E questo si verificava nella così detta possessione dei beni, la quale era definita: *ius persequendi, retinendique patrimonii, sive rei quae cuiusque cum moritur fuit* (1). Il possessore quì dei beni era un successore universale, che avea il possesso *iuris tantum* dei beni ereditarii, *sine detentione* (2). Onde questo tal possesso, detto *bonorum*, era del tutto diverso dalle regole generali fissate per tutti gli altri possessori di cose. *Bonorum possessio, qua de hic agitur, differt a rerum possessione, de qua agitur lib. 41. D. tit.* 2. Il Gotofredo (3).

Ed Ulrico Ubero, mettendo appunto in confronto il possesso, di cui parlasi al titolo *de adquir. possess.* con quello che riguarda il titolo *de bonor. possess.*, dice: *Nam illic possessio nihil est aliud quam detentio rei, et hic* (cioè al titolo *de bonor. poss.*) *etiam qui res non possidet, aeque habet bonorum possessionem, ac is, qui rebus incumbit* (4).

E questo è quel possesso *iuris*, che oggi più non si riconosce presso di noi, come vedremo in appresso; mentre nelle nostre leggi civili abbiam noi seguita la massima, adottata già da gran tempo

(1) L. 3. §. 2. D. de bonor. poss.

(2) Heinecc. ad pand. de bon. poss. §. 2. in not.

(3) Gotofr. ad L. 1. §. 3. D. de bonor. poss.

(4) Hub. ad pand. tit. de bonor. possess.

in Francia, e che il signor Tiraqueau chiamava la consuetudine del mondo, cioè che nelle successioni di qualunque natura *il morto impossessa il vivo:* massima che poi nel codice civile dei Francesi, il quale per qualche tempo fu provvisoriamente da noi osservato, venne pienamente adottata (1). *Hodie hac missione in possessionem non opus habemus, quia consuetudine*, le mort saisit le vif, *utimur, qua statim hereditas, mortuo eo, qui possidebat, in heredem transfertur:* scrisse il Duareno (2). Ed Ulrico Ubero, dopo aver detto: *Adeo ut, nec heres possideat id, quod defunctus possedit, nisi denuo rem apprehendit*, soggiunse: *quamquam id in plerisque foris Europae aliter interpretantur, per dictum celebrè Gallicum*, le mort saisit le vif-*mortuus apprehendit vivum; id est: possessio mortui continuatur in heredem* (3).

Ma torniamo là, donde partimmo. Il diritto oggi a possedere suppone sempre il preesistente possesso di fatto, che per ribattere la molestia e la turbativa, dee essere annale, pacifico, ed a titolo non precario; come è letteralmente disposto nelle nostre leggi sulla procedura civile (4). Que-

---

(1) Art. 724. Cod. civ.

(2) Duaren. ad tit. D. quor. bonor. cap. 1.

(3) Hub. ad pand. tit. de adquir. poss. n. 4.

(4) Art. 127. proc. civ

ste leggi però non parlano nel tempo stesso del caso in cui, non già una turbativa al possessore si arrechi, ma per una ingiusta usurpazione venga egli interamente smontato dal possesso, soffrendo uno spoglio, o semplice, o qualificato. Sappiamo tutti, che nel caso della semplice molestia, e della turbativa è data l'azion civile possessoria: nel caso della usurpazione e dello spoglio è data l'azion civile insieme, ed anche la penale (1). Ma nello sperimento della azion civile nascente dallo spoglio, non si rendono certamente adattabili le massime fissate dall'art. 127 della proced. civile, sulle qualità del possesso richieste nel possessore. Nel caso dello spoglio, sia semplice, sia qualificato, qualunque sia il possesso che si invade, ha sempre avuto luogo la regola: *spoliatus ante omnia restituendus;* che anche oggi dee valere, per le ragioni fissate nella giurisprudenza universale. « Pour » la complainte, il faut avoir la saisine; pour la » réintégrande, il suffit de la possession effective » au moment de la spoliation (2) ».

Del resto, per intendere la forza di queste azioni

---

(1) Ved. l'art. 1934. LL. civ. e l'art. 246. e seguenti LL. penal.

(2) Ved. Berriat-Saint-Prix proced. civ. tom. 1. Sect. II. chap. III. n. 3. Ved. anche Henrion de la competence des jug. de paix chap. 32.

possessorie, e di tutto ciò che sul conto del possesso oggi si osserva, è necessario di risalire per poco agli antichi interdetti Pretorii, dei quali Giustiniano volle lasciar per intiero le memorie nelle sue collezioni, comechè ai tempi suoi si ritrovassero già aboliti.

SEZIONE I.

Degli antichi interdetti, riguardanti il possesso.

Parlando degl' interdetti al proposito, non s' intende portar l' idea in generale di tutti gli interdetti Pretorii, ma di quelli soltanto, che al dir di Paolo appartenevano *ad rem familiarem, aut adipiscendae, aut recuperadae, aut retinendae possessionis* (1); e ciò per escludere gli altri interdetti, che riguardavano la religione, il culto, e le cause di pubblica ragione. Ora gli interdetti appartenenti *ad rem familiarem* trassero origine unicamente dai Pretori romani, nè prima di essi eran conosciuti nella preesistente legislazione. La ragione si è, al dire dell' Oldendorpio, perchè: *In laxiore olim mundo ac simpliciori saeculo, haud dubie non tam frequentes fuerunt rixae de*

(1) L. 2 §. 3. D. de interd.

possessionibus rerum, sicut posterior hominum frequentia, et degenerans ambitio produxit (1).

Essi diceansi *interdetti*, non già da *interdicere* nel senso di proibire, da che ve ne erano ben molti, che in vece di portar proibizione, ordinavano anzi ed affacoltavano ad agire; ma perchè eran pronunciati dal Pretore romano *inter diem cognitionum, et diem decisionum* (2). Con essi il Pretore romano per mezzo di alcuni solenni formole, rapportate da Festo (3), proibiva che alcuna cosa si facesse, oppure ordinava che fosse fatta; *maxime*, come spiega Giustiniano, *cum de possessione, aut quasi possessione inter aliquos contendatur* (4). Dove *τὸ maxime* è posto per far conoscere che ben vi erano anche degli interdetti, che riguardavano la proprietà (5); non perchè essi contenessero l'esame della causa della proprietà, ma nel senso, che con essi finiva il tutto, e non vi era più di che contendere (6). Per l'opposto i semplici interdetti possessorii decidevano solamente del possesso, e lasciavano il luo-

(1) Oldendorp. class. II. act. 1.

(2) Ved. Giacomo Revard. protrib. cap. 7. 8. E le nostre memorie istoriche del processo civile tom. 1. pag. 185.

(3) Fest. voc. possessio.

(4) Princip. Inst. de interd.

(5) Ved. L. 2. §. 2. D. de interd.

(6) Ved. la L. 1. §. ult. D. de aqu. quotid.

go alla quistione sulla proprietà. Questa si esaminava nel secondo giudizio, in cui risedeva la causa principale, così detta da Costantino (1); cioè quella della proprietà.

Di siffatti interdetti nel possessorio del Pretore romano, dopo abolita questa magistratura, e dopo tolte le solennità delle formole, non restò altro, che l' azione *ex causa interdictorum*, esperibile innanzi ai giudici del merito, preliminarmente alla causa nel petitorio. E ciò era accaduto già ai tempi di Giustiniano, ma egli volle conservare l' idea ed anche il nome degl' interdetti nelle sue collezioni, e volle rapportarli distintamente, ritenendo anche gli antichi vocabili: *ut eo facilius adpareat unde descenderint* le azioni possessorie, che ne profluivano. *Voluit enim Iustinianus ad cognitionem antiquitatis separatim tractare interdicta.* L' Oldendorpio (2).

Le azioni nascenti dagl' interdetti per dritto romano erano straordinarie, onde il titolo del Digesto *de interdictis, seu extraordinariis actionibus, quae pro his competunt.* Ed il procedere straordinario importava il celere disbrigo della causa, senza formalità di giudizio, e la sommaria cognizione, a cui era affidata. Ed in questo senso

(1) L. 10. Cod. de iudic.

(2) Oldendorp. class. II. act. 1.

erano avviati e decisi tutti i giudizii possessorii. In essi, al dire del Boemero: *leviores probationes admittuntur, exceptiones altioris indaginis respuuntur* (1).

Ora nei giudizii possessorii nello stesso modo appunto si procede per le attuali leggi sulla procedura civile. Essi si agitano innanzi ai Regii giudici di circondario, ai quali è data dalla legge una straordinaria giurisdizione, con una procedura sommaria ed abbreviata, senza le altre formalità, che nei giudizii plenarii sono richieste.

Nel merito poi del giudizio possessorio, e nell' esercizio delle azioni, che vi corrispondono, le cose oggi per molti capi son diverse da ciò, che nel diritto romano era stabilito, e da quello che noi nel nostro antico foro conoscevamo sulla materia.

Per diritto romano tre erano gli interdetti riguardanti la possessione – *Adipiscendae, retinendae, recuperandae*; e quindi tre azioni straordinarie da essi nascevano, col titolo di azioni possessorie.

L'azione nascente dall' interdetto *adipiscendae*, era diretta ad acquistare il possesso che non si avea, e non si era avuto giammai. In altri termini, con essa si dimandava il possesso di fatto

(1) Boehmer. Sect. II. cap. .. §. 2. ved. Culac. tom. 1, pag. 848.

che per la prima volta intendeasi acquistare. Quì erano diretti gli interdetti *quorum bonorum*, *quod legatorum*, il *Salviano*, ed il *quasi-Salviano* (1).

L' interdetto *quorum bonorum* dava l' azione all'erede, così detto Pretorio, e poi a tutti gli altri eredi ancora, ad essere immessi nel possesso della eredità, o di parte di essa, corrispondente al loro diritto (2); ed era diretta contra colui che possedea l'eredità, o parte di essa *pro herede, vel pro possessore*. Questo possesso però non offendeva la causa nel petitorio; lo che era nell' indole di tutte le azioni possessorie. Nel petitorio si agiva con l' azione *petitionis hereditatis*, la quale differiva dall' interdetto *quor. bonor.* anche perchè si estendeva all' *universum ius*, che era nella eredità, abbracciando cose corporali ed incorporali; mentre l' azione possessoria nascente dall' interdetto, riguardava le sole cose corporali (3). Azion possessoria, a somiglianza dell'interdetto *quor. bonor.*, era eziandio quella, che davasi in forza della nota *L. ult. Cod. de edict. Div. Hadrian. toll.*, con la quale l'erede scritto, che non avea legittimo contraddittore, chiedea il possesso dei

(1) §. 3. Inst. de interdict.

(2) L. 1. quor. bonor. Vedi la gloss. ad rubric. Cod. eod. tit.

(3) L. 2. D. quor. bonor.

beni ereditarii, presentando il testamento non rotto, non casso, non cancellato.

L'azione nascente dall'interdetto *quod legator.* dava diritto all'erede ad agire contra i legatarii particolari, che di propria autorità si impossessavano delle cose legate, ad oggetto che queste gli si restituissero, affinchè potesse egli aver agio a precapirne la Falcidia, a soddisfare i debiti ereditarii, e a dir quello che gli occorreva sul conto della cosa legata: *Vel ob aes alienum, quod ante omnia exsolvendum, si vel maxime cum beneficio inventarii hereditatem adiit, cum nihilo minus heres maneat. Item ob electionem, vel dubium, quod circa rem legatam occurrit.* Il Boemero (1).

L' interdetto Salviano accordava l'azione al locatore del fondo contra il conduttore non adempiente, per aver il possesso dei beni obbligati al tempo del contratto; e questa stessa azione concedevasi ad ogni qualunque altro creditore per lo così detto *quasi-Salviano. Quasi Salvianum, quod competit cuique creditori ad persequendam possessionem rerum sui debitoris, pignori obligatarum* (2). L'azione nascente dal Salviano dif-

(1) Boehmer. Sect. II. cap. 3. §. 64. et in not.

(2) Cuiac. tom. 9. pag. 1173. Ved. Vinn. ad §. 3. Inst. de interdict.

feriva dalla Serviana, appunto come l' interdetto *quor. bonor.* diversificava dalla petizione della eredità; mentre il Salviano riguardava il possesso nel giudizio possessorio, e la Serviana riguardava la proprietà nel petitorio. Ma si riputava più utile e più vantaggioso il possedere, che il pretendere (1).

Al quasi-Salviano si assomigliava il giudizio di assistenza, che presso di noi avea luogo nel vecchio foro, detto così: *quia imploratur officium iudicis, ut assistat captioni possessionis bonorum debitoris, pro executione pacti de capiendo bona* (2). Questo giudizio era protetto dalla nota Prammatica unica *de assistentia*; e credevano i nostri dottori che essa traesse origine dalla *L. 3. D. de pignor. act.*, dove: *At tamen auctoritate Praesidis possessionem adipisci debet.*

Seguono i due interdetti: *retinendae, et recuperandae.*

Il possesso già acquistato potea esser turbato per via di inquiete e moleste operazioni, di modo che non se ne permettesse libero, e pacifico l' esercizio, o potea esser tolto del tutto, per via di invasione, e di ingiusta usurpazione, così che restasse affatto impedito il poterne più usare. Al primo caso adunque si riparava con gl' interdetti *re-*

(1) §. 4. Inst. de interdict.

(2) Leonard. Ric. Prax. tom. 2. pag. 114. n. 2.

tinendae: e per lo secondo caso, stava l'interdetto *recuperandae*.

Due erano gl' interdetti del primo ordine, che reprimevano le turbative, cioè l'interdetto *uti possidetis*, indicato per gl' immobili, e l' interdetto *utrobi*, per le cose mobili. L' uno e l'altro di essi accordavasi a colui, che avea per se un possesso, *neque vi*, *neque clam*, *neque precario*, contra colui, che veniva a turbarlo; e ciò 1. perchè desistesse dal fargli molestia, 2. perchè desse cauzione di non turbarlo più, 3. perchè gli rifacesse i danni e gl' interessi. I termini nei quali veniva conceputo questo interdetto, erano: *Uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto* (1). Dal che si vede, che il possesso vizioso, nascente da violenza, da atti clandestini, o da titolo precario, che rimovea la protezione dell' interdetto, dovea aver causa dalla persona stessa di colui, che apportava la turbativa: *alter ab altero*; e non già da persone estranee. Quindi, allorchè il possessore avea causa da un terzo, per un possesso, anche vizioso sotto il detto triplice rapporto, il suo possesso era rispettato: *Ut si quis possidet vi, aut clam, aut precario, si quidem ab alio, pro-*

(1) L. 1. princ. D. uti possid.

sit ei possessio: *si vero ab adversario suo*, *non debeat eum propter hoc*, *quod ab eo possidet*, *vincere* (1). E, la ragione era addotta dal giureconsulto Paolo: *Justa enim*, *an iniusta adversus ceteros possessio sit*, *in hoc interdicto nihil refert*; *qualiscumque enim possessor est*, *plus iuris habet*, *quam is*, *qui non possidet* (2).

In secondo luogo è marcabile, che quì nell'interdetto vien mensionata la forza: *vis*. Ora per forza quì si intendea ogni, benchè minima, molestia che apportasse turbativa. Era diversa la *vis*, che in questo interdetto è menzionata, dall' altra espressa nell' interdetto *unde vi*. Nei casi di semplice turbativa per violenza intendeasi ogni atto, che si facesse *nullo iure*: nel qual senso si trovano nelle leggi in opposizione: *vis*, *ius*. E così prende significato la voce *vis* nel celebre rescritto di Aurelio Antonino, che sta riposto nella *L. 13. D. quod met. caus.*: *Tu vim putas esse solum*, *si homines vulnerentur? vis est*, *et tunc*, *quoties quis id*, *quod deberi sibi putat*, *non per iudicem reposcit*. Si rende al proposito ben rimarchevole il passo della orazione di Cicerone pro Sexto:

---

(1) Dict. L. 1. §. ult.

(2) L. 2. D. eod.

Quis enim vestrum, iudices ignorat, ita naturam rerum tulisse, ut quodam tempore homines, nondum neque naturali, neque civili iure descripto, fusi per agros, ac dispersi vagarentur, tantumque haberent, quantum manu, ac viribus per caedem, ac vulnera, aut eripere, aut retinere potuissent? Qui igitur primi virtute, et consilio praestanti extiterunt, ii perspecto genere humanae docilitatis, atque ingenii, dissipatos unum in locum congregarunt: eosque ex feritate illa ad iustitiam atque mansuetudinem transduxerunt: tum res, ad communem utilitatem continentes, quas publicas appellamus: tum conventicula hominum, quae postea civitates nominatae sunt: tum domicilia coniuncta, quas urbes dicimus, invento et divino et humano iure, moenibus sepserunt. Atque inter hanc vitam perpolitam humanitate, et illam immanem, nihil tam interest, quam ius atque vis, horum utro uti nolimus, altero est utendum. Vim volumus extingui? ius valeat necesse est, id est iudicia, quibus omne ius continetur. Judicia displicent, aut nulla sunt? vis dominetur necesse est.

L' Oldendorpio riferisce anche egli questo passo di Cicerone, e con ragione soggiugne: *Cuius verba ideo retuli, quod, si ea mediteris, plus tibi sint utilitatis adlatura, quam omnes com-*

menturii, ad intelligenda Praetorum adversus vim interdicta (1).

La violenza dunque, anche leggiera, cioè quella che nasce da un' atto semplicemente *contra ius*, e che meglio va definita molestia o turbamento, era corretta dall'interdetto *retinendae*, sia *uti possidetis*, sia *utrobi*, con garantirsi e proteggersi il possesso non vizioso. Nell' interdetto però *uti possidetis* si guardava il possesso nell' atto della turbazione — *uti nunc possidetis eas aedes* (2). E nell'inderdetto *utrobi* non si valutava il possesso del momento, ma si ricercava un possesso precedente alla turbativa, che fosse almeno di mesi sei: *utrobi hic homo, quod de agitur, minori parte huiusce anni fuit* (3). Per modo che nella azione possessoria immobiliare vinceva colui, che in atto dimostrava di possedere, *neque vi, neque clam, neque precario*: e nelle azioni possessorie mobiliari vinceva colui, che avea posseduto al modo stesso per la maggior parte dell' anno, in cui la turbativa era avvenuta (4).

L'interdetto poi *uti possidetis* si diramava in varie specie, ed acquistava quindi nomi particolari, in ragione degli oggetti diversi, ai quali era rivolto;

(1) Oldendorp. class. II. act. 5.

(2) L. 3. §. 6. D. uti possid.

(3) Ved. Vin. ad §. 4. Inst. De interd. n. 4.

(4) Ved. L. 156. De verb. sign. Paul. 5. sent. 6.

ed è marcabile, che spesso variava in quanto al tempo assegnato per lo possesso. Nelle servitù rustiche vi era 1. L'interdetto *de itinere actuque privato*, che garantiva il possesso di un'anno (1); lo che riguardava non solo il diritto del passaggio, ma il dritto ancora alla rifazione dell' *itinere*, o dell'atto, quando in ciò vi fosse impedimento (2). 2. Vi era l' interdetto *de aquaeductu*, — *de aqua quotidiana*, nel quale anche bisognava dimostrare che nel corso dell' anno qualche volta l' acqua si fosse condotta (3): e questo interdetto non era solo *proibitorio*, ma era anche *restitutorio* (4). 3. L' interdetto *de aqua aestiva*, nel quale bastava far vedere che nell' està precedente si era trasportata l' acqua (5). 4. L' interdetto *de aqua castellana* (6). 5. L' interdetto *de riv is*, nel quale anche si dovea provare, *quod priore aestate, vel hoc anno aquam duxerit.* (7). 6. L' interdetto *de aquae haustu*: *ne possessor aqua fontana uti prohibeatur*; ed a questo interdetto si ricorreva, così per esser lecito di attignere l'acqua,

(1) L. 1. §. 2. D. de itin. act. priv.
(2) Ved. Boehm. Sect. II. cap. 4. §. 14.
(3) L. 1. §. 2. D. de aq. quotid. et aest.
(4) Ved. Boehm. loc. cit. §. 21.
(5) L. 1. §. 31. D. de aq. quotid. et aest.
(6) L. 1. §. 39. D. eod.
(7) L. 1. §. 9. D. de riv.

come per abbeverare il bestiame (1). 7. L'interdetto *de cloacis*, che anche era o proibitorio, o restitutorio (2). *Illud huc collideat, ne fiat vis ei, qui cloacam, h. e. locum vacuum per quem colluvies fluit L. 1. §. 4. D. de cloac. reficere, et purgare vult. Hic illud singulare occurrit, quod refectio impediri non debeat, si vel maxime alter vi, clam, vel precario possideat. L. 1. §. 7. eod. Vi huius interdicti permissum est in aedes vicini venire, et pavimenta, purgandae cloacae gratia rescindere: dummodo actor paratus sit restaurare id quod ex necessitate reficiendae claocae causa resciderat. L. 1. §. 12. eod.* Il Boemero (3).

Agli interdetti *retinendae* veniva appresso l'ultimo interdetto possessorio, che era quello *recuperandae possessionis.* Questo aveva luogo allorchè, non già una semplice turbativa si fosse arrecata al possessore, ma quando del tutto si fosse tolto a lui il possesso con fatti violenti; per modo che non potesse più usarne. Un tale interdetto era conosciuto sotto la denominazione dell' interdetto *unde vi*, ed avea luogo per le sole cose immobili; poichè per gli mobili stava l'azione di fur-

(1) L. unic. §. 2. de font.

(2) L. 1. §. 1. 15. D. de cloac.

(3) Boehm. loc. cit. §. 28.

to, o quella *vi bonorum raptorum. Recuperandae possessionis causa solet interdici, si quis ex possessione fundi, vel aedium, vi deiectus est* (1). Quì la violenza era intesa in senso più forte, e più preciso. *Si quis atrociore vi possessione sua pellatur, naturalis, et civilis ratio suadet ut adversus immanem violentiam defendatur. Et quamquam legibus de hoc sit sancitum, noluit tamen et Praetor ea in re ociosus videri, et interdictum proposuit.* L'Oldendorpio (2). Ma nei stretti termini valeva l'interdetto *unde vi*, quando lo spoglio fosse seguito violentemente con mano armata; che se non si fosse arrivato ad usare delle armi, e si fosse eseguito frodolentemente lo spoglio senza far manifesta violenza, si ricorreva all'interdetto *quod vi aut clam* (3).

L'interdetto *unde vi* si accordava ad ogni possessore qualunque, o che fosse egli nel possesso *civile*, o che fosse anche nel possesso *naturale* del fondo, dove la violenza si era praticata (4). Più: si giovava di esso anche il possessore che possedea *vi*, *clam*, *et precario* (5). E si estendea tant'oltre il suo beneficio, che non si facea più

(1) §. 6. Inst. de interd.
(2) Oldendorp, class. II. act. 10.
(3) Oldendorp. ditc. loc.
(4) L. 1. §. 9. D. de vi et vi arm.
(5) L. 14. L. 17. D. eod.

differenza, nella persona del possessore, *sive corpore*, *sive animo possideat* (1). Tutta la ragione era riposta nel giusto odio conceputo contra gli invasori, e nell' impegno di impedire le violenze per via di fatto: *etenim fuit aequissimum, vi deiecto subvenire.* Ulpiano (2). Si agiva con questo interdetto ad oggetto di ricuperare il possesso *cum omni causa ;* e si accordava *intra annum*, e dopo l' anno ancora, *de eo*, *quod ad deiicientem pervenit* (3).

Per quanto poi fosse esteso l' uso di questo interdetto *unde vi*, esso non si accordava per diritto romano giammai contra il terzo possessore del fondo, che con la violenza si era usurpato. Egli è noto che l' azione anche contra il terzo venne in seguito per disposizione dei sacri Canoni, i quali sotto nome di spoglio significarono la violenta usurpazione, di che è parola; ed a differenza delle leggi romane diedero l' azione così per le cose mobili che per gl' immobili (4). Ma il terzo possessore dovea esser conscio dello spoglio avvenuto, e quindi dovea ritrovarsi in mala fede. Presso di noi però, per la Costituzione *Circa violentiarum poe-*

(1) L. 1. §. 24. D. eod.

(2) L. 1. §. 1. D. eod.

(3) L. 1. princ. D. eod, L. 2. Cod. unde vi.

(4) C. 18. estr. de rest. spol. Cap. reintegrandae 3. C. 3. 9. 1.

nas, questa azione contra il terzo possessore si accordava, o che fosse egli sciente, o che ignorasse lo spoglio commesso dal suo autore. Più: in ogni caso di spoglio e di violenta usurpazione per via di fatto, avevamo noi il rimedio straordinario del ricorso al Principe, il quale accoglieva i clamori degli oppressi, e sovranamente vi provvedea, in forza di ciò che era scritto nei Capitoli del regno del Re Roberto (1).

Sezione 2.

Diritto odierno sulle azioni possessorie.

Oggi di tutte le azioni possessorie, nascenti dagli interdetti *adipiscendae*, niente più è in uso: e resta anche inutilizzato il rimedio uniforme che dava la *L. ult. Cod. de edict. div. Hadr. toll.*

In quanto alla prima specie di questi interdetti, cioè all' interdetto *quor. bonor*, ed alla detta *L. ult.*, egli è ben chiaro, che ora gli eredi legittimi ed i legatarii universali non hanno punto bisogno di ricorrervi. Le nostre leggi civili, secondando l' ordine della natura, che *abhorret a vacuo*, non ammettono alcun voto

(1) Cap. Ad regale fatigium. Charitatis effectus. Finis praecepti charitas. Omnis praedatio.

nelle successioni, e conservano la regola che *il morto impossessa il vivo.*

Per gli eredi legittimi certamente sta l'art. 645, in cui è detto, che essi *acquistano ipso iure il possesso dei beni, de' diritti, e delle azioni del defonto.* Se poi essi siano eredi irregolari, anche acquistano un tal possesso, ma col peso di adempiere a ciò, che è prescritto negli articoli 685, 686, 687; e nel caso di inadempimento, restano risponsabili dei danni e degli interessi verso gli eredi che in seguito si presentassero, ai termini dell' altro articolo 688.

In quanto agli eredi testamentarii, o sia ai legatarii universali, è detto altrettanto nell' art.932: *Quando a morte del testatore non vi siano eredi, ai quali la legge riservi una quota dei beni, questi passeranno* ipso iure *dal giorno della morte di quello all' erede scritto, o al legatario universale, senza obbligo di domandarne il rilascio.* Il requisito della inesistenza degli eredi legittimarii, onde poter passare il possesso dei beni all'erede scritto, è necessario, poiche quando esistono tali eredi, non vi è, propriamente parlando, erede universale scritto: l' erede universale in tal caso è l' erede legittimario chiamato dalla legge, al quale l' erede scritto dee chiedere il possesso dei beni; mentre il primo ha il diritto di ritenere la sua porzione legittima.

Nè fa ostacolo ciò che è stabilito nell'art. 938. LL. civ. sul conto dei testamenti olografi, e mistici, dicendosi che *l' erede* in essi istituito, o *il legatario universale sarà tenuto di farsi immettere nel possesso con un' ordinanza del giudice del circondario , stesa a piè dell' istanza, cui sarà unito l' atto del deposito.* L' ordinanza qui del Regio giudice, che accorda la immissione nel possesso, non attribuisce diritto al possesso, ma è di semplice formalità, per darsi al testamento olografo o mistico la forza stessa, che hanno i testamenti per atto pubblico, cioè la via esecutiva. Il testamento olografo non è che una carta privata, e quindi si rende passibile di tutte le eccezioni, che in faccia alle carte private possono dedursi. Si può dire, che non sia scritto di carattere del testatore, che pecchi di qualche vizio o di data, o di firma, o di cancellazioni, di rasure; ed altro. Ed è perciò che la legge destina il Regio giudice il quale esamina la materialità della carta, e trovandola regolare, la riveste di formola esecutiva. La dottrina in questi termini è gia ben espressa, e ragionata dal signor Toullier (1).

Dunque l' interdetto *quor. bonor.* è andato oggi in disuso. E veramente reca maraviglia come l' il-

(1) Toullier tom. 5. §. 500. 602.

lustre pratico Francese signor Demieaux Crouzilhac abbia potuto in ciò persuadersi in contrario, scrivendo egli nettamente, mentre parla delle azioni possessorie, che anche oggi può aver luogo l'interdetto *quor. bonor.* Ecco come si esprime:

« Il y a deux sortes de possession, celle de fait,
» et celle de droit: la possession de fait qu'on
» appelle aussi corporelle, est, suivant la défini-
» tion de l'article 2228 du Code Napoléon, *la*
» *détention ou la jouissance d'une chose ou*
» *d'un droit que nous tenons, ou que nous*
» *exerçons pour nous mémes, ou pour un au-*
» *tre qui le tient ou qui l'exerce en nôtre nom.*
» La possession de droit, ou civile est, en
» quelque sorte opposée à celle de fait en ce qui
» elle ne consiste que dans la disposition de la
» loi, sans être accompagnée du fait, comme
» lorsque la loi dit que les héritiers légitimes sont
» saisis de plain droit, des biens, droits, et actions
» du défunt (article 724 du Code Napoléon)
» en telle sorte que les biens, dont se compose la
» succession passent en leur possession dès l'in-
» stant du décès de celui, auquel ils succèdent se-
» lon la loi de la nature, et du sang, quoique
» les mêmes biens soient détenus, ou possédés par
» tout autre. Tel est l'effet de la maxime *le mort*
» *saisit le vif.* Mais comme cette possession pro-
» duit toute autre action que celle dont il est ici

» question, à moins qu'on ne la fasse concourir » avec la possession de fait du défunt, en cas de » trouble, ou d'usurpation, il est inutile de s'en » occuper en particulier, puisqu'elle se trouve » confondue dans le principe général des actions » possessoires, au moyen de la possession qui exi- » stait, *de fait*, sur la tête du décédé, suivant » les dispositions de l'article 2235 du Code Na- » poléon, ou bien dans celle en pétition d'héré- » dité, qui est hors de la compétence des justi- » ces de paix; on l'appellait autrefois, l'interdit » *quorum bonorum*: cette action est encore en » vigueur, quoiqu'elle n'ait pas conservé cette dé- » nomination, on l'exerce en demandant dans » l'assignation en délaissement de l'hérédité, la » possession provisoire, *pendente lite*, au juge du » pétitoire » (1).

Questo discorso del signor Crouzilhac, che si incammina con buoni principii, ma poi devia, par che si potrebbe raddrizzare nei seguenti termini, tenendosi anche dietro alle teorie delle azioni possessorie di sopra espresse, e tratte dal signor Toullier.

O il morto avea il possesso di fatto, e questo passa ai suoi eredi, o legatarii universali: ó il morto aveva diritto a possedere, o aveva diritto al

(1) Dem. Crouz. de la justice de paix tit. IV.

possesso; e tali diritti passano anche ai suoi eredi ed ai suoi legatarii universali. In questo secondo caso però gli eredi ed i legatarii universali, che producono il diritto a possedere, o al possesso, non debbono ricorrere all' interdetto *quorum bonorum*, che non è del caso, ma sono abilitati ad esercitare in giudizio le ragioni, che loro competono per diritto ereditario; facendo quello che il defonto stesso farebbe *si in humanis esset*. La petizione della eredità presenta un giudizio, che niente ha che fare con l'interdetto *quorum bonorum*, nè con l'azione possessoria: E se nel corso di questo giudizio l'erede, o il legatario universale, che non ha il possesso di fatto, vuol dimandarlo al giudice competente, può farlo, senza ricorrer mai all'interdetto *quor. bonor.*: ma spignendo una azione possessoria in turbativa; mentre la legge che sovranamente supplisce al fatto, suppone che egli sia già nel possesso di fatto per la regola: *il morto impossessa il vivo.*

Per le stesse ragioni non ha più luogo oggi l' azione nascente dall'interdetto *quod legat.* Egli è vero che per l'articolo 968 LL. civ. il legatario particolare *non può mettersi nel possesso della cosa legata, nè prenderne i frutti o gl' interessi, se non dal giorno della dimanda fatta secondo l' ordine stabilito nell' articolo 965*; val quanto dire dal giorno della dimanda fattane agli

*

eredi, ai quali la legge riserva una quota, ed in mancanza, agli eredi testamentarii o ai legatarii universali. E quindi contravvenenendo i legatarii particolari al prescritto quì nella legge, possono essere obbligati ad abbandonare il possesso. Ma tutto ciò accade, non col farsi uso dell'interdetto *quod legator.*, bensì col beneficio dell' azione possessoria in turbativa, per la ragione, che i detti eredi, o legatarii universali, *ministerio iuris*, pria che i legatarii particolari divenissero possessori, erano già nel possesso di diritto e di fatto delle cose legate, che si comprendevano nella eredità, fin dal tempo della morte del defonto: *il morto impossessò il vivo.*

L'interdetto poi *Salviano*, ed il *quasi-Salviano* anche oggi sono svaniti, e con essi la prammatica unica *de assistentia.* Per le nostre leggi civili i mobili che servono a guarnire le case, il bestiame, e gl'istrumenti che tendono a fornire i fondi rustici dati in affitto, come anche ciò, che serve alla coltivazione di tali fondi, ed i frutti raccolti nel corso dell'anno, formano il pegno legale del proprietario, a segno che viene egli ad avere su questi oggetti un'esteso privilegio (1). E se i mobili introdotti dai fittuarii fossero trasportati altrove, senza il consenso del locatore, può egli farli raggiugnere, e sequestrare, nei modi, e sotto

(1) Art. 1598. 1612. 1791. LL. civ.

le condizioni espresse nell' art. 1791. Più : il creditore esercita il privilegio, ed ha la prelazione su tutto ciò, che ha ricevuto in pegno, giusta l'articolo 1943, ec. Queste cose però appartengono a privilegii, e danno ragione a sequestri (1); lo che è ben diverso dal diritto *ad adipiscendam possessionem*. Il sequestro quì è un principio di esecuzione, diretto ad assicurare il credito privilegiato, e non importa mai acquisto di possesso. Che anzi i sequestri giudiziali di questa fatta, nei quali o precede, o sussiegue l' ufizio del giudice, per esser proficui, non tolgono giammai il possesso al sequestrato, secondo la nota teorica di Bartolo sulla *L. 39. n. 4. D. de adquir. poss.*, che si è sempre rispettata nel foro (2).

Fin quì del primo interdetto possessorio, *adipiscendae*. Segue ora l' interdetto *retinendae*, che si divideva in due presso i romani, cioè in quello *uti possidetis* per gl' immobili, e nell' altro *utrobi* per le cose mobili. In quanto all' interdetto *uti possidetis*, egli è chiaro che per le nostre leggi civili esso è in piena osservanza presso di noi. Vi è un titolo a parte nella procedura civile, che tratta *dei giudizii sulle azioni possessorie*, e

(1) Il detto art. 1971. LL. civ. art. 902. proced. civ.

(2) Ved. Fabro ad Cod. de prohib. sequestr. pecun. dec. 2.

sotto questo titolo si parla appunto della molestia, e della turbativa recata dentro l'anno al possessore pacifico, ed a titolo non precario; nel che sta l'indole dell'interdetto *uti possidetis*. Se non che, non abbiamo noi sul conto di questo interdetto e sulle sue diverse specie quel dettaglio minuto, in che diffondevansi le leggi romane, come di sopra si è quì osservato. Egli è ciò vero: ma non può negarsi, che mentre il nostro legislatore ha creduto nella sua saggezza di parlare in generale delle azioni possessorie, e del turbato possesso, ha poi detto nel corpo delle leggi tanto, quanto è bastante per adattare l'interdetto *uti possidetis* a tutti i casi, dove si rende utile e necessario. Risulta ciò dalle stesse leggi sulla procedura civile, dalla legge organica dell'ordine giudiziario, e dalle leggi civili.

Si parla in questi luoghi *delle servitù nel possessorio; di innovazioni, e di attentati commessi entro l'anno sul corso delle acque inservienti all'agricoltura; e di ogni altra azione possessoriale* (1). Si parla delle sorgenti, e dell'uso che debba farsene, salvandosi il diritto al proprietario del fondo inferiore, e della prescrizione che possa favorire questo proprietario; dal

(1) Art. 22. n. 3. 4. Leg. org. art. 103. n. 3. 4. proced. civile.

che può nascere a favor di costui una ragione di servitù attiva. Più: parlasi del proprietario della sorgente, che non può deviarne il corso in pregiudizio *degli abitanti di un comune, villaggio, o borgo*; nel che vedesi fissato un diritto capace a produrre azione possessoria in ogni caso di turbativa (1). Si dà il diritto al padrone del fondo, lungo il quale scorre *un' acqua corrente, a potersene servire per la irrigazione dei suoi fondi* (2); ed altro. Il tutto viene a rifondersi nell' interdetto *retinendae*.

È marcabile soltanto, che per queste azioni possessorie corre ora la regola in generale, che debbano esser proposte *fra l' anno del turbato possesso* (3); la qual cosa è ben diversa dalla regola che custodivano le leggi romane sull'interdetto *uti possidetis*. Abbiam veduto di sopra, che in questo interdetto era riguardato il possesso al tempo della turbativa; ed in taluni casi particolari si riguardava l' anno del possesso. Ma noi abbiam seguito nelle azioni possessorie il sistema francese, per ciò che è scritto nell' abolito Cod. di proced. art. 23, dove anche è fissato *l'anno dal turbato possesso*. Ed assicura il pre-

(1) Art. 563. 564. 365. LL. civ.
(2) Art. 566. dette LL.
(3) Art. 127. proced. civ.

sidente Henrion che questo termine nelle azioni possessorie trae origine dalle leggi Saliche sotto il tit. 47; dove è scritto. *De eo qui villam alienam occupaverit, vel si duodecim mensibus eam tenuerit* (1).

Vi è l'altra specie dell' interdetto *retinendae*, che era presso i Romani l' interdetto *utrobi*, destinato per le cose mobili. Ora abbiamo già di sopra avvertito, che questo interdetto non ha più luogo presso di noi, nella circostanza che al presente il possesso per i mobili vale per titolo, e quindi non si distingue più la causa nel possessorio da quella nel petitorio. Ma è tempo quì di avvertire che ciò va inteso per i mobili, e per gli effetti mobiliari (2) particolarmente presi, e non già per quelli posti in collettiva per modo, che presentino una totalità, od un *quid universum*, come accade nelle successioni. Per gli mobili presi nel senso primiero, mentre oggi non si riconosce azione in possessorio, si dà però l'azione a chiederne il sequestro ad oggetto di revindicazione (3). E così per altra strada si supplisce a salvare il diritto del proprietario, pria che sperimenti egli il giudizio di revindicazione. Allorchè poi trattasi di mo-

(1) Ved. Henrion compet. des jug. de paix chap. 35.
(2) Art. 450. e seg. LL. civ.
(3) Art. 909. proc. civ.

bili presi in collettiva, o che presentano una totalità, ed un *quid universum*, l'affare va inteso diversamente. Noi oggi conosciamo i legati a titolo universale, art. 964. LL. civ., che sono di novella introduzione, nei quali espressamente è detto, che possono comprendersi la *metà*, il *terzo*, ovvero tutti i mobili, o una quota di essi. Il legato dunque dei mobili fatto a questo modo è un legato di *quota*, che abbracciando una universalità di beni, offre la idea di una specie d'*immobile*. Non può negarsi, che questi legati a titolo universale, i quali ora si leggono nelle LL. civ., si sono attinti dal codice civile de Francesi, che per qualche tempo fu provvisoriamente in vigore nel nostro regno. Ora è stato sempre sicuro in Francia, che i legatarii a questo senso dei beni mobili avessero diritto all'azione possessoria, come se si trattasse di un'immobile. Si senta il Bourjon: *Benchè l'azione possessoria non abbia luogo per i mobili, nondimeno essa ha luogo per una universalità di mobili, come in materia di successione mobiliare, perchè tale università sembra rappresentare una specie d' immobile.* Ed a costui fa eco il signor Du Plessis: *sapit quid immobile.* Vi è anche l'avviso del signor Lauriere sull'articolo 97 della consuetudine di Parigi, e vi sono altre autorità, già raccolte dal signor Henrion de Pansey nell'opera da noi quì spesso citata; il quale au-

tore sotto questi rapporti, nel definire l'azione possessoria si esprime così: « Est une action qui ap-
» partient à celui qui a la possession civile d'un
» droit réel, ou d'une universalité de meubles,
» pour s'y faire maintenir, lorsqu'il est troublé » (1).

Egli è perciò che noi qui in questo trattato nell' articolo 30. abbiamo scritto: *Le azioni possessorie son dirette a farci mantenere nel possesso di un'immobile, o di un diritto reale, che possa prescriversi, o di una universalità di mobili, in ogni caso di molestia, ec.*

Ma nella teoria delle azioni possessorie per lo interdetto *retinendae* tutti i pratici ammettono, che oltre alla turbativa *di fatto* vi sia anche una, così detta, turbativa *di diritto* (2): non già perchè in questa seconda non vi sia ben anche il fatto molesto che inquieti il possessore; ma perchè cotesto fatto consiste nell' arbitrario, ed abusivo esercizio di un diritto. Fingete, che colui, il quale reclama o vuol reclamare una cosa, senza aspettare che questa gli sia accordata, e senza

---

(1) Henrion de Pansey de la compet. des jug. de paix chap. XLV. §. 5. et chap. XXXVI. Ved. anche Berriat-Saint-Prix proced. civ. tom. 1. Sect. II. chap. II. §. 1. n. 2. et §. 2. en fin. Merlin repert. voc. complainte §. 2.

(2) Vedi fra gli altri Henrion della compet. dei giud. di pace. Cap. 37.

averne ancora il possesso, si arbitri di fare atti legali conservatorii, con i quali turbi la pace del possessore attuale. Ciò accade se egli si senti autorizzato a far opposizione fra le mani del terzo, che tiene la cosa; ad impedire che egli ne percepisca i frutti o le rendite per via di sequestri tra le mani dei conduttori e dei rendenti della cosa stessa; o in fine ad emettere altri atti simili capricciosi ed abusivi. Egli allora turba sicuramente la quiete del pacifico possessore, e da diritto a costui di agire in azion possessoria per turbativa. *Turbat autem quisque etiam per simplicem oppositionem. Ideo in foro dicere solent*: Oppositiòn vaut truble: *etiam si fructibus manum nunquam admoverit.* Il Bourjon.

Più: anche nel caso di forti e spaventose minacce, le quali atterriscono ed arrestano gli uomini pacifici, che si credono sicuri sotto l'ombra della legge, vi è luogo a ricorrere per turbativa: *Comminatio*: *nam minae et jactationes etiam verborum turbant, quia scilicet obsint possidenti, ne commode uti re sua possit.* Il signor d'Argentrè (1).

Noi intanto, nel concepire gli articoli 31 e 33 del presente trattato, non abbiam creduto neces-

---

(1) Ved. Bourjon e d'Argentrè presso Henrion nel luogo citato.

sario di venire a questi ultimi dettagli sul conto della turbativa. Le teorie qui fanno parte della giurisprudenza, ed entrano nei calcoli della ragione interpetrativa della legge. Ci è sembrato dunque bastante l'esprimere soltanto il fatto molesto del perturbatore, che sempre è in causa, e nel quale il tutto si racchiude.

In quanto poi all'ultimo interdetto possessorio *recuperandae possessionis* le nostre leggi di procedura serbano silenzio. Ma le leggi civili, art. 1934, lo suppongono sicuramente; poichè nel detto articolo al n. 3. si accorda l'azione, *pel rilascio giudizialmente ordinato di un fondo, il cui proprietario fu spogliato per via di fatto; per la restituzione de' frutti raccolti, durante l' indebito possesso, e per lo pagamento dei danni, ed interessi aggiudicati al proprietario.* Ed in questa azione si permette anche l' arresto personale, ordinandosi, *che il giudice non può dispensarsi dal pronunciarlo* (1).

Dunque si riconosce lo spoglio violento, e vi si provvede; lo che era anche per l' abolito codice civile, e si trova sanzionato in Francia sotto l' articolo 2060 n. 2. Cod. civ., nel quale parlandosi di colui che è stato spogliato per via di fatto, si accorda a lui la *reintegrazione*; voce propria e

(1) Art. 1934. LL. civ. nel princip.

legalmente adattata, per esprimere la materia in proposito. « En cas de réintégrande, pour la dé-
» laissement ordonnè par justice d'un fonds, dont
» le propriétaire a été dépouillè par voies de fait.

Ed in Francia anche oggi si distingue bene fra l' azione in semplice turbativa sotto il nome di querela, *complainte en cas de saisine et nouvellete*, e l' azion per *reintegrazione;* avendo ognuna di esse un'avviamento diverso in giudizio, ed un'oggetto diverso (1).

Noi dunque non fuor di ragione ci siamo creduti abilitati quì in questo Trattato a fissare negli articoli 30. 32. le teorie, che possono riguardare l'azione possessoria nel caso di reintegra per cagion di usurpazione, ossia di spoglio, così *semplice*, che *qualificato*; avendo anche presenti gli articoli 426. 427. LL. penali. Abbiam creduto, sulle tracce di ciò che per diritto civile, e per diritto canonico era disposto, che nel caso dello spoglio si dovesse riguardare non già il possesso annale, ma il possesso del momento, di qualunque natura esso fosse; per modo che dovesse esser garantito anche il possesso nascente dalla violenza, il possesso clandestino, ed il possesso a titolo precario. L' articolo 127. proc. civ che richiede il

(1) Ved. Henrion. oper. cit. chap. 35. 52. Berriat-Saint-Prix dit lieu. Merlin repertoir. voc. complainte §. 1. 3.

possesso annale, suppone il caso della semplice turbativa: esso non è mai riferibile alle azioni di reintegra per causa di spoglio. Più: abbiamo opinato, non senza ragione, che l'azione competesse anche contra il terzo possessore, a condizione però, che egli fosse conscio dello spoglio avvenuto, e restasse quindi costituito in mala fede.

CAPITOLO SETTIMO.

Della nunciazione della nuova opera.

Art. 35. La nunciazione della nuova opera è una specie di azione possessoria, che si intenta contra colui, che va a fare una qualche novità nel suo fondo, sia edificando, sia demolendo, contra l'antica disposizione dei luoghi; la quale novità rechi pregiudizio al vicino, turbandolo nell'esercizio dei suoi diritti dominicali.

Essa è esperibile ancora contra gli eredi dell'innovatore, e contra i suoi aventi causa.

Art. 36. Quest'azione ha luogo dentro l'anno, dal giorno in cui la nuova opera intrapresa ha cominciato a recar pregiudizio al vicino.

Art. 37. Sarà adito nei giudizii di nunciazione di nuova opera il Regio giudice di circondario del luogo, dove la cosa è sita; la cui competenza nel procedere verserà nei seguenti oggetti:

1. Nel proibire in vista della domanda, che la nuova opera denunciata progredisca, e nell' impedire che si alteri lo stato attuale della cosa:

2. Nel far restituire allo stato primiero ciò, che si è cominciato a costruire, o a demolire contra l' antica disposizione del luogo:

3. Nel far distruggere eziandio quello, che siasi forse proseguito a fare, contra la forma della inibizione da lui già data; e nell'ordinare che vengano in tal caso rifatti i danni, e gli interessi cagionati per tali operazioni:

4. Nel rilasciare tutte quelle provvidenze, che momentaneamente si richieggano per motivi di urgenza, e di assoluta necessità.

Art. 38. Il Regio giudice, sostenendo la sua giurisdizione nei termini espressati, potrà in ogni caso di contravvenzione pronunziare precetti penali, ed anche imporre multe a danno dei contravventori.

Art. 39. Il merito principale delle cau-

se di nunciazione di nuova opera è sempre fuori delle attribuzioni dei Regii giudici di circondario, di qualunque valore sia la causa.

Art. 40. Se la nuova opera, che vuol denunciarsi si ritrovi già fatta, e del tutto compiuta, non sarà più ammessibile l'azion di nunciazione; ed avranno luogo le regole stabilite per gli giudizii sulle azioni possessorie.

SPIEGAZIONE DEL CAPITOLO SETTIMO.

SEZIONE PRIMA.

Della nunciazione di nuova opera secondo le leggi romane, e secondo il diritto antico del nostro Regno.

In tutte le azioni possessorie si cerca di espellere la turbativa, o di far emendare lo spoglio sofferto: si riguarda a buon conto il fatto di colui, che si introduce nelle cose nostre, e turba, o usurpa il possesso che ne abbiamo. Ma può accadere altresì, che noi siamo parimente turbati nel possesso, anche quando le cose nostre non si invadono; bensì il nostro vicino nel fondo suo proprio fa delle innovazioni tali, che ci recano pregiudizio, ed offendono il possesso in cui siamo dell'esercizio dei nostri diritti dominicali. Questo è il caso della nunciazione della nuova opera, che anche appartiene ai giudizii possessorii, ma ne presenta una specie diversa. Essa ha luogo quando il vicino minaccia di fare in atto, o comincia a fare nel suo fondo un' opera di costruzione, o di demolizione, che altera in pregiudizio nostro lo stato presentaneo, e l'attuale disposizione dei luoghi. Le leggi romane aveano questa economia intorno alle opere dei vicini: se

l' opera non erasi ancora fatta, ma cominciata, o pure prossimamente minacciata, davano essi luogo alla azion di nunciazione. Se poi l'opera trovavasi già di tutto punto compiuta, e potea far temere di qualche danno al vicino, davano l'azione *de damno infecto*. Ed è perciò che nel Digesto si attaccano i due titoli — *De nov. oper. nunciat.* — *De damn. infect.* (1).

La nunciazione della nuova opera apparteneva all' interdetto *retinendae*, perchè a buon conto impediva che per via di fatto venisse arrecata molestia al vicino. La sola differenza consisteva in ciò, che nelle altre azioni possessorie il fatto della turbativa era riguardato nel fondo di colui, che veniva molestato nel suo possesso; e nella azion di nunciazione un tal fatto si ravvisava nel fondo proprio del molesto disturbatore.

Ulpiano, riferendosi alla nunciazione di nuova opera, chiama Editto quello che la proteggeva: *Hoc edicto ec.* (2). Ed in verità l' Editto era quello, che provvedea generalmente a tutti i casi, nei quali i privati avean bisogno di ricorrere al Pretore. Dall' editto nasceva l' interdetto, che avea luogo quando si verificava il caso particolare, preveduto dall' editto. L' editto protegge-

(1) Dig. tit. I. II. lib. XXXIX.
(2) L. 1. Dig. de op. nov. nunc.

va l' interdetto: l' interdetto sosteneva l' azione (1).

Per diritto romano due erano gl' interdetti che riguardavano i giudizii di nunciazione di nuova opera. Il primo era *proibitorio*, mentre impediva il prosieguo della nuova opera denunciata; e diveniva anche *restitutorio* per quella parte che ordinava la demolizione dell' operato, e la riduzione della cosa allo stato primiero: *Quem in locum nunciatum est, ne quod novum opus fieret, qua de re agitur: quod in eo loco ante quam nunciatio missa fieret, aut in ea causa esset, ut remitti deberet factum est: id restituas.* Il secondo interdetto era sempre *proibitorio*, poichè vietava, che più si impedisse il prosieguo dell' opera, dopo che erasi data, o almeno si era validamente offerta la cauzione di demolirla, in caso che risultasse nociva, e pregiudizievole. *Quem in locum nunciatum est, ne quid novi operis fieret: qua de re agitur, si de ea re satisdatum est: quod eius cautum sit, aut per te stet, quo minus satisdetur: quo minus illi in eo loco opus facere liceat, vim fieri veto* (). E dal disposto in questi due interdetti si vede bene, che l' oggetto allora della nunciazione era di impedirsi la continuazione della nuova

(1) Duaren. ad tit. D. de nov. op. nunc. Cap. VI. Et in eund. tit. ult. comm. cap. 1.

(2) Ved. Oldendorp. class. III. act. 7. n. 1.

opera, fino a che non si giudicasse la causa in merito, o non si desse idonea malleveria.

Che se si fosse trattato di opera già fatta e perfettamente compiuta, allora non vi era più luogo alla azion di nunciazione, e doveasi ricorrere agl' interdetti restitutorii: *Nam si quid operis fuerit factum, quod fieri non debuit, cessat edictum de novi operis nunciatione: et erit transeundum ad interdictum quod vi, aut clam, quod olim factum erit ut restituatur, et quod in loco Sacro, religiosove, et quod in flumine publico, ripave publica factum erit. Nam his interdictis restituetur, si quid illicite factum erit* (1).

Faceasi poi opera nuova, allorchè *aut aedificando, aut detrahendo aliquid, pristina facies mutatur.* L. 1. §. 11. D. de nov. op. nunciat. E ciò: *opere nondum perfecto, sed vel inchoato demum, L. 5. §. 2. D. eod., vel inchoando L. 21. §. 3. D. eod.* Il Boemero (2). In fatti l'opera potea essere prossimamente minacciata col pronto e sollecito apparecchio dei materiali, e con le disposizioni atte a farla temere inevitabilmente vicina. Ed allora questo timore ben fondato dava luogo alla azione, in cui si manifestava se non l'o-

(1) L. §. 1 D. de nov. oper. nunc.

(2) Boehm. Sect. II. cap. 11. §. 43.

pera nociva già cominciata, certamente il disegno già palesato di volersi prossimamente mandare ad effetto; lo che si credeva che rimontasse alla stessa cosa.

Nel senso di opere nuove intendevansi quelle solamente, che *solo coniuncta sunt* (1); per lo che non era l'azione ammessibile, *si quis messem faciat, arborem succidat, vineam putet* (2). Ed anche non si sosteneva l'azione, *quando mora periculum aliquod allatura est. Si quis rivos, vel cloacas velit reficere vel purgare, operis novi nunciatio merito prohibetur, cum publicae salutis et servitutis intersit, et cloacas et rivos purgari* (3).

Il diritto a questa azion di nunciazione si dava a colui, che avea il *gius in re;* e se vi erano più condomini, tutti doveano proporla (4). Si dava anche all'usufruttuario, non a nome suo proprio, ma qual procuratore del proprietario L. 1. §. ult. D. *dict.* tit. Più: a colui che avea il diritto di servitù: *habet novum opus nunciare, qui aut dominium aut servitutem habet* L. 6. §. fin. D. de servit. Ma si vegga quì il Perezio, ed il Boe-

(1) L. 1. §. 2. D. de nov. op. nunciat.
(2) Dict. L. 2. §. 12.
(3) L. 5. §. 11. 12. D. eod.
(4) L. 1. §. 9. L. 3. §. 3. L. 5. §. 6. D.

mero (1). L'attore intanto, chiunque fosse, dovea giurare *de calumnia*: *Jurare debet, non calumniae causa opus novum nunciare. Hoc iusiurandum auctore Praetore defertur* (2). E l'azione era definita *in factum*; e competeva *non tantum contra ipsum aedificantem, sed etiam contra illum, qui opus factum, ratum habet L. 20. §. 7. D. de nov. op. nunciat.; non enim in personam, sed in rem censetur facta nunciatio. Unde et si vendiderit domum aedificari coeptam, post opus novum iam nunciatum, et emptor aedificare pergat, contra hunc ad demolitionem agi posset, non tantum, in quantum ipse, sed in quantum venditor adhuc post nuciationem aedificaverat. L. fin. D. eod.* (3).

Resta intanto ad avvertire che dopo la L. 1. Cod. de nov. op. nunciat. dei due interdetti sopra menzionati, restò in vigore il primo, che portava la proibizione, e la restituzione insieme di tutto l'innovato pria della nunciazione. Al secondo però che abilitava a proseguirsi l'opera, *praestita cautione*, venne derogato. Giustiniano autore della detta legge prescrisse, che fra tre mesi dovessero improrogabilmente finire le cause di nunciazione

(1) Perez. ad tit. cod. de nov. op. nunc. n. 4. Boehm. Sect. II. cap. 11. §. 44.

(2) L. 3. §. 14. D. eod.

(3) Stryk. de act. Sect. I. membr. X. §. 43.

di nuova opera, e venne a proibire, che fra questo termine si potesse edificare, *praestita cautione.* Elasso tal termine, venne permesso il proseguimento dell' opera, con prestarsi cauzione.

Si senta il Brunemanno: *Hanc autem causam iudex intra tres menses decidere debet, quibus elapsis, denunciato, seu prohibito conceditur aedificandi licentia, praestita cautione de demoliendo opere, sumptibus aedificantis, si apparuerit ipsum iniuria aedificasse, et antiquum errorem, quasi anno simpliciter expiraret nunciatio, Imperator tollit. Ante lapsum autem illorum trium mensium denunciatus non potest aedificare, quo ipso haec lex derogat iuri digestorum L. 5 §. 17 L. 20 §. ult. L. 21 §. 1, D. de nov. op. nunc.* (1).

Queste erano le regole stabilite dalle leggi romane per le nunciazioni delle nuove opere. Nel nostro regno, per lo tempo che precedette la Costituzione del 1738, con le regole stesse venivano guidati i giudizii di tal fatta; intendendosi già che presso di noi valeva la *L. unic. Cod. de nov. op. nunciat.*, la quale escludeva la facoltà di potersi edificare dopo fatta la inibizione, prestandosi la mallevaria, e metteva a carico della parte denunciata l' obbligo di far terminare il giudizio fra i

(1) Bruneman. ad tit. Cod. de nov. op. nunc. n. 2. 3. 4.

tre mesi fissati da Giustiniano (1) Dopo pubblicata poi la Costituzione anzidetta, che diede delle provvide ed energiche disposizioni sull' oggetto, la G. C. della Vicarìa, nel dare adito al giudizio di nunciazione, si avea prescritta la seguente formola di decreto, che era di norma a tutte le corti, ed a tutti i tribunali del regno:

Per subscriptum dominum iudicem M. C. V., visa suprascripta comparitione, provisum et decretum est, quod praesens petitio intimetur parti, ad finem providendi. Et interim, stante deposito ducatorum decem, facto per comparentem servata forma regalis constitutionis, N. N. (cioè la parte che veniva inibita) *nihil innovet nec innovare faciat in domo in actis deducta sub poena unciarum auri 25, Fisco Regio ec. Et fabricatores aliique operarii statim desistant; et si reperiantur in flagranti post notificationem praesentis decreti, carcerentur. Et committatur uni ex magnificis tabulariis S. R. C., partibus non suspecto, qui se conferat super faciem loci, recognoscat, et in scriptis referat, ad finem ec. Quam relationem intra mensem comparens procuret, alias, dicto termino elapso, tollatur inhibitio.*

Dagli ordinativi espressi in questa formola di

(1) Ved. Leonard. Ricc. de nov. op. nunc. n. 11.

decreto, e tratti per la maggior parte dalla Costituzione del 1738, si vede bene qual era lo stato dei giudizii di nunciazione di nuova opera negli ultimi tempi del nostro antico foro. Primieramente l'attore in questi giudizii non era inteso, se non facea un deposito, che nella Città di Napoli era di ducati 10, e nelle Regie udienze, e nelle corti inferiori era di ducati 6, più o meno, giusta il prudente arbitrio del giudice. E questo deposito stava in luogo dell' antico giuramento di calunnia, che prescriveano le leggi romane. In secondo luogo vi era l'ordine diretto, così alla parte innovatrice, *nihil innovet nec innovare faciat*, come ai fabbricatori ed agli operai, con la minaccia ai primi di una pena pecuniaria, ed ai secondi di immediata carcerazione. E ciò era ben inteso, per non rendere elusorio il giudizio, e perchè ogni magistrato per sostenere la sua giurisdizione può usare del misto impero. In terzo luogo vi era la commessa al perito, per riconoscere e riferire l'occorrente, con la limitazione che il suo rapporto dovesse esser procurato fra un mese, a diligenza della parte attrice, e con la minaccia che in caso contrario si sarebbe tolta l'inibizione. Ed in questa ultima parte del decreto, mentre si escludeva ogni facoltà alla parte denunciata di poter proseguire l'opera *praestita cautione*, lo che era lecito per l'antico interdetto Pretorio, si ubbidiva alla

legge prima *Cod. de nov. op. nunc.*, ed alla Real Costituzione; la quale ultima avea ristretto il tempo del giudizio, portandolo ad un solo mese. Ed anche in ubbidienza di queste leggi stava bene la minaccia di togliersi la inibizione, se il mese fosse trascorso, avuto riguardo all'indole di questi giudizii di nunciazione, nei quali alle volte, o per cause frivole ed affettate, o per fine di calunniare, l'attore viene a recarsi in giudizio.

SEZIONE 2.

Della nunciazione della nuova opera secondo le attuali nostre leggi civili.

Così si regolava il nostro foro allorchè, dopo abolito il diritto romano e le antiche nostre leggi patrie, fra le quali la Costituzione del 1738, venne da noi per qualche tempo osservato provvisoriamente il codice di procedura Francese. In questo codice non si parlava appositamente del giudizio di nunciazione di nuova opera, ma egli è a dire, che in esso tacitamente si includeva, avendosi come un prosieguo ed una appendice deigiudizii possessorii. Certamente gli autori Francesi erano e sono in questa opinione, e basta di riscontrarne il Presidente Henrion (1).

(1) Henrion. comp. des iug. de paix chap. XXXVIII.

Sopravvenuta poi la legge Organica dell' ordine giudiziario, in essa sotto il numero 4 dello art. 22, parlandosi della competenza dei Regii giudici di circondario, fu detto che poteano conoscere e giudicare *le cause di nunciazione di nuova opera, di innovazioni, e di attentati egualmente commessi dentro l' anno sul corso delle acque, inservienti all' agricoltura, e su di ogni altra azione possessoriale*. Ecco dunque per la prima volta fatta parola della nunciazione della nuova opera, destinandosi per tali cause, insieme con le altre già espresse, i Regii giudici del circondario; i quali però erano competenti nel corso dell' anno, e potevano procedere *inappellabilmente fino al valore di duc. 20, ed appellabilmente, qualunque sia il valore della causa*, come si vede espresso nello stesso art. 22 sul principio.

Dopo questa disposizione dalla legge Organica furono pubblicate le leggi sulla procedura Civile, nelle quali, col disegno di darsi una spiega maggiore alla legge Organica, e di determinarsi più chiaramente la competenza dei giudici Regii nelle cause di nunciazione, si venne a dire nell' art. 103. princ. e numero 4. *La citazione sarà sempre fatta davanti il giudice del luogo dove è situata la cosa litigiosa ove si tratti . . . . di nunciazione di nuova opera, a solo oggetto di*

impedire ogni innovazione, che alterasse lo stato attuale della cosa.

Tenendosi dunque innanzi gli occhi, così la legge Organica, come le leggi di procedura civile, negl' indicati loro ordinativi, pare che possano fissarsi sulla materia in proposito le seguenti proposizioni, che han dato motivo a noi quì di stabilire le Tesi negli articoli, che corrispondono al presente Capitolo settimo.

1. Le cause di nunciazione di nuova opera debbono esser sempre trattate davanti il Regio giudice, dove è situata la cosa litigiosa. Art.103. proced. civ.

2. I Regii giudici non sono mai competenti a conoscere e giudicare nel merito le cause di nunciazione di nuova opera, qualunque sia il valore a cui esse si abbassino. Egli è vero che la legge Organica, la quale fissa le competenze dei magistrati, per queste cause e per altre espresse nell' art. 22, dichiara competenti i Regii giudici a procedere inappellabilmente sino al valore di duc.20, ed appellabilmente, qualunque sia il loro valore; ma si venne poi a derogare a ciò con le leggi della proced. civile, nelle quali mentre si riconobbe questo diverso valore delle cause sotto il rapporto della competenza dei Regii giudici, si fece eccezione però espressamente delle cause, di nunciazione di nuova opera, per le quali si disse che

i Regii giudici erano competenti a solo oggetto di impedire ogni innovazione, che alterasse lo stato attuale della cosa. Si vede dunque una delegazione specifica e tassativa, limitatamente dettagliata a questo solo oggetto.

3. Le attribuzioni dei Regii giudici in queste cause di nunciazione di nuova opera restano limitate soltanto ad *impedire ogni innovazione, che alterasse lo stato attuale della cosa.*

4. Quindi sono abilitati i Regii giudici, non solo a rilasciare ordinanze, che facciano arrestare le opere incominciate, e ne impediscano il prosieguo (le quali ordinanze debbono esser dirette così alle parti innovatrici, che agli operai destinati al lavoro); come anche ad ordinare, che si distrugga e si riduca allo stato primiero ciò, che siasi cominciato ad innovare contra l' antica disposizione del luogo. Non si otterrebbe il fine della legge, se il Regio giudice non potesse rilasciare questi ordini, che tutti tendono a non far *alterare lo stato attuale della cosa.*

5. Per la stessa ragione sono abilitati i Regii giudici a far demolire e distruggere tutto ciò, che contra la forma della loro inibizione vengasi in seguito ad operare; altrimenti col fatto si riuscirebbe ad alterare lo stato attuale della cosa.

6. Dovendo ogni Magistrato sostener la sua

giurisdizione usando del misto impero, (1) ed essendo letteralmente scritto nell' art. 1113 della proced. civile che *i Tribunali secondo la gravità delle circostanze, potranno nelle cause portate innanzi a loro, pronunziare precetti penali, anche di proprio ufizio*, sono abilitati i Regii giudici in queste cause di nunciazione a pronunziare precetti penali, ed imporre multe. In altro caso sarebbe elusorio il giudizio che la legge permette innanzi ad essi; ed impunemente si verrebbe a contravvenire alla legge stessa, mentre col fatto, e senza timore di riceversi alcun freno, si permetterebbe di alterarsi lo stato attuale delle cose.

7. Sono anche affacoltati i Regii giudici ad istruire il processo per modo, onde resti documentato ed assodato lo stato attuale delle cose, durante il tempo della inibizione; e ciò per conoscersi se i loro ordini si eseguano, nonchè per lasciarsi negli atti il documento legale descrittivo dello stato attuale della cosa controversa, che serve di fondamento in queste azioni.

8. Resta vietato ai Regii giudici di poter permettere il proseguimento delle opere comincia-

---

(1) L. 2. D. De iurisdict. omn. iudic. Ivi: *Cui iurisdictio data est, ea quoque concessa esse videntur, sine quibus iurisdictio explicari non potest.*

te sotto qualunque cauzione che venisse offerta dagli innovatori. Le loro attribuzioni son limitate soltanto ad impedire le novità, ed a sostenere lo stato attuale delle cose. Potrebbe conoscere il Tribunale competente, che giudica della azione nel fondo se fosse o no ammessibile l'offerta della cauzione; nella circostanza che ora le leggi serbano silenzio su di ciò, e la giurisprudenza romana nell'ultimo suo stato, ed il nostro diritto patrio preesistente questa cauzione non più permettevano.

9. Essendo la nunciazione di nuova opera una specie delle azioni possessorie, potranno i Regii giudici rilasciare quelle provvidenze, che al momento si rendono necessarie, per caso di urgenza, o di assoluta necessità; e far sì che niuna delle parti sia pregiudicata nel possessorio, durante il corso della inibizione. Bisogneranno forse delle rifazioni necessarie nel luogo controverso: dovrà darsi un sostegno alle fabbriche: dovranno rifarsi o purgarsi i rivi, le cloache; e farsi altro che non ammette dilazione.

10. Dopo compiuta del tutto un'opera, quantunque essa sia denunciata infra l'anno, pure i Regii giudici non possono rilasciare ordinanze di inibizione, nè sono abilitati a procedere in linea di nunciazione di nuova opera. Essi allora riconosceranno la loro competenza secondo le regole stabilite pei giudizii possessorii.

A questi oggetti par che si riduca oggi la competenza dei Regii giudici sul proposito.

Per quello, che riguarda poi il diritto di agire nelle cause di nunciazione di nuova opera, e le persone che possono essere convenute in giudizio, come anche per tutto ciò che abbraccia il merito di queste azioni; pare che non possa esservi dubbio di doversi seguire i principii fissati dalle leggi romane, e che trovano il loro appoggio nella ragione scritta in quella giurisprudenza universale.

FINE DELLA PRIMA PARTE.

INDICE.



AVVERTIMENTO.

Gli errori di stampa, corsi in questo primo tomo, saranno emendati alla fine del tomo secondo.









